ZULÄSSIGKEIT UND WIRKUNGEN DER SOGENANNTEN VERTRETERKLAUSEL BEI DER OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFT

INAUGURAL - DISSERTATION
zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei der
Juristischen Fakultät
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Horst Pfeiffer

Assessor in Berlin

1965

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546513_0040

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

ZULÄSSIGKEIT UND WIRKUNGEN DER SOGENANNTEN VERTRETERKLAUSEL BEI DER OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFT

INAUGURAL - DISSERTATION

zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei der
Juristischen Fakultät
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Horst Pfeiffer

Assessor in Berlin
1965

Erstgutachter: Professor Dr. iur. Götz HUECK
Zweitgutachter: Professor Dr. iur. Ernst E. HIRSCH

Tag der mündlichen Prüfung: 23. Oktober 1965

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
LITERATURVERZEICHNIS	IX
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XXII
§ 1 PROBLEMSTELLUNG UND DARLEGUNG DER INTERESSENLAGE	1
§ 2 DER UNMITTELBARE ERWERB DER MITGLIEDSCHAFT DURCH DIE EINZELNEN ERBEN AUFGRUND DER NACHFOLGEKLAUSEL	7
A Inhalt und Struktur der Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft	7
I. Vorbemerkungen	7
II. Die Ansichten der Anhänger mehrheitlicher Zuständigkeit	11
1. Die Lehre Otto von Gierkes	11
2. Die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung	12
3. Die Auffassung Sieberts	16
III. Die Ansichten der Anhänger einheitlicher Zuständigkeit	17
IV. Die Theorie der kombinierten Zuständigkeiten	21
V. Weiterentwicklung	22
1. Analyse und Kritik der dargestellten Auffassungen	22
a) Vorbemerkung	22

b) Vergleich der verschiedenen Einteilungssysteme 22

c) Analyse und Kritik der Einteilungsmerkmale 27

2. Folgerungen und Ergebnis 34

B Der Übergang der Mitgliedschaft auf die einzelnen Erben 40

I. Vorbemerkung 40

II. Die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen für die unmittelbare Nachfolge in die Mitgliedschaft 40

III. Die unmittelbare Nachfolge mehrerer Erben in die Mitgliedschaft 43

1. Gegenüberstellung der in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansichten 43

a) Erwerb der Mitgliedschaft durch Rechtsgeschäft unter Lebenden 43

b) Übergang der Mitgliedschaft sowohl aufgrund Rechtsgeschäfts als auch kraft Erbrechts 44

c) Übergang der Vermögensrechte kraft Erbrechts, Untergang und Neuentstehung der Mitverwaltungsrechte 45

d) Erwerb der Mitgliedschaft kraft erbrechtlicher Gesamtnachfolge 46

aa) Gemeinsamer Ausgangspunkt der Vertreter der erbrechtlichen Lösung 46

bb) Erwerb der Mitgliedschaft durch die Erbengemeinschaft 47

cc) Beschränkung der Erbengemeinschaft auf die vermögensrechtlichen Beziehungen der Mitgliedschaft 49

dd) Uneingeschränkter Erwerb der Mitgliedschaft durch die einzelnen Erben 50

2. Erbrechtliche Einzelnachfolge und zweckbedingte Zugehörigkeit zum gemeinschaftlichen Nachlaß 52

a) Die Vererblichkeit der einzelnen Mitgliedschaftsrechte 52

b) Die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Erbengemeinschaft 56

aa) Der Ausgangspunkt der Untersuchung 56

bb) Der Normzweck der Vorschriften über die Erbengemeinschaft 57

cc) Die Übertragbarkeit der Mitgliedschaftsrechte 58

dd) Die Zugehörigkeit der nicht übertragbaren Mitgliedschaft zum gemeinschaftlichen Nachlaß 60

c) Die Bedeutung des § 139 HGB 63

d) Der Sonderfall der übertragbaren Mitgliedschaft 67

e) Ergebnis 68

§ 3 DIE MODIFIZIERUNG DER NACHFOLGEKLAUSEL DURCH DIE VEREINBARUNG GEMEINSAMER VERTRETUNG DER ERBEN-GESELLSCHAFTER 69

A Inhalt und Zulässigkeit der sogenannten Vertreterklausel 69

I. Die in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansichten 69

II. Die berechtigende Vertreterklausel 73

1. Der Inhalt der Vereinbarung 73

a) Vorbemerkung 73

b) Die Bestimmung des Vertretenen 74

c) Die Auswahl der Vertreters 76

d) Der Umfang der Vertretungsmacht 77

2. Die Zulässigkeit der berechtigenden Vertreterklausel 78

III. Die beschränkende Vertreterklausel 82

1. Der Inhalt der Vereinbarung 82

2. Die Zulässigkeit der beschränkenden Vertreterklausel 83

IV. Die verpflichtende Vertreterklausel 87

1. Der Inhalt der Vereinbarung 87

2. Die Zulässigkeit der verpflichtenden Vertreterklausel 88

V. Überblick über den Stand der Untersuchung 89

B Die Wirkungen der Vertreterklauseln 90

I. Vorbemerkungen 90

II. Die Wirkungen im Verhältnis der Nachfolger zueinander 92

1. Die Beziehungen bei Vereinbarung einer berechtigenden Vertreterklausel 92

a) Der Anspruch auf Mitwirkung bei der Bevollmächtigung 92

b) Die rechtliche Bedeutung der Mitwirkung 92

2. Die Beziehungen bei Vereinbarung einer beschränkenden Vertreterklausel 95

a) Der Anspruch auf Mitwirkung bei der Bevollmächtigung 95

b) Die rechtliche Bedeutung der Mitwirkung 98

c) Die Regelung der Organisation der Untergesellschaft in der Vertreterklausel 100

3. Die Beziehungen bei Vereinbarung einer verpflichtenden Vertreterklausel 101

a) Der Anspruch auf Mitwirkung bei der Bevollmächtigung 101

b) Die Erfüllung des Mitwirkungsanspruchs 102

III. Das Verhältnis zwischen den Nachfolgern und ihrem gemeinsamen Vertreter 103

1. Die Beziehungen bei Bestehen einer Gelegenheitsgesellschaft 103

a) Die Gestaltung des Innenverhältnisses 103

b) Die Vollmacht 105

2. Die Beziehungen bei Bestehen einer echten Innengesellschaft 105

a) Die Gestaltung des Innenverhältnisses 105

b) Die Vollmacht 106

3. Die Beziehungen bei Bestehen einer unechten Innengesellschaft 107

a) Die Gestaltung des Innenverhältnisses 107

b) Die Vollmacht 107

IV. Das Verhältnis zwischen dem gemeinsamen Vertreter der Nachfolger und den Altgesellschaftern 108

1. Der Vertreter ist nicht Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft 108

2. Der Vertreter ist Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft 109

V. Das Verhältnis zwischen den Nachfolgern und der offenen Handelsgesellschaft 110

1. Vorbemerkungen 110

2. Die Ansprüche der offenen Handelsgesellschaft 111

a) Der Erfüllungsanspruch 111

b) Die Ansprüche auf Ersatz des Verzugsschadens und des Nichterfüllungsschadens 112

c) Der Anspruch auf Beseitigung vertragswidriger Vollmachten 113

d) Sonstige Ansprüche aus Verletzung der Vertreterklausel 116

3. Die Rechte der Nachfolger gegenüber der offenen Handelsgesellschaft 117

VI. Das Verhältnis der Nachfolger zu den übrigen Teilhabern 119

VII. Die Wirkungen der Vertreterklauseln im Falle der Nachfolge eines einzelnen Erben 119

§ 4 DAS ERGEBNIS DER UNTERSUCHUNG 122

LITERATURVERZEICHNIS

Affolter, Die Gesammthand in ArchBürgR 42, S. 248

Barella, Die besonderen Rechtsverhältnisse des Erben eines offenen Handelsgesellschafters in DB 1953, 140

Bartholomeyczik, Die Miterbengemeinschaft in der 4. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, S. 120, Tübingen 1940

Baumgarten, Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode, II. u. III. Teil, Tübingen 1922

Baumbach-Duden, Handelsgesetzbuch, 16. Aufl., München und Berlin 1964

Binder, Die Rechtsstellung des Erben, III. Teil, Leipzig 1905

Das Problem der juristischen Persönlichkeit, Leipzig 1907

Bürgerliches Recht - Erbrecht in der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, herausgegeben von Kohlrausch und Peters, Abteilung Rechtswissenschaft XI, 2. Aufl., 1930 (zit.: Erbrecht)

A. Blomeyer, Die außerpositiven Grundlagen des Privateigentums, Diss. Jena 1929

Boesebeck, Die kapitalistische Kommanditgesellschaft, Frankfurt/M. 1938

Brand, Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, Berlin 1911

Brodmann, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2. Aufl., Berlin und Leipzig 1930

Brodmann, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. IV, 2. Abt., S. 1, Leipzig 1918

Buchda, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre, Marburg 1936

Buchwald, Gesellschaftsanteil und Erbrecht in AcP 154, 22

Das Verhältnis von Erbrecht und Gesellschaftsvertrag in JR 1955, 173

Closs, Die Doppelnatur der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, Diss. Göttingen 1935

Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts,
Bd. I 1900, Tübingen und Leipzig;
Bd. II 1902, Tübingen und Leipzig

II. Denkschrift z. HGB - Entwurf - Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, Berlin 1897

Dernburg-Raape, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. II, Abt. 2, 4. Aufl., Halle a.d.S. 1915 (zit.: Bürgerliches Recht)

Donner, Mehrheit von Erben eines Kommanditisten im Falle des § 177 HGB in DR 1943, 1205

Der Testamentsvollstrecker des eingetragenen Einzelkaufmanns, des offenen Handelsgesellschafters, des Komplementärs und des Kommanditisten in DNotZ 1944, 143

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897,
Bd. II, 1. Hälfte, 3. Aufl.,
Mannheim-Berlin-Leipzig 1932

Düringer-Hachenburg,	Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, Bd. II, 2. Hälfte, 3. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1932
Eiselt,	Die Vererbung der Beteiligung an einer OHG in AcP 158, 319
Endemann,	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. III, Erbrecht, 2. Hälfte, 8. u. 9. Aufl., Berlin 1920
	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 9. Aufl. 1903
Engländer,	Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft, Teil I: Grundlegung, Berlin 1914
Enneccerus-Kipp-Wolff,	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1. Halbband, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Tübingen 1959 (zit.: Enneccerus-Nipperdey)
	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 2. Halbband, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Tübingen 1960 (zit.: Enneccerus-Nipperdey)
	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958 (zit.: Enneccerus-Lehmann)
	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. V, Erbrecht, 11. Bearbeitung, Tübingen 1960 (zit.: Kipp-Coing)
Erman,	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 3. Aufl., Münster 1962
Esser,	Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960

Fabricius,	Relativität der Rechtsfähigkeit, Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des privaten Personenrechts, München und Berlin 1963
Fischer,	Die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis eines Erben in einer Personengesellschaft des Handelsrechts in BB 1956, 839
	Die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis in der OHG in NJW 1959, 1057
Gareis,	Das Deutsche Handelsrecht, 8. Aufl., Berlin 1909
	Handelsgesetzbuch, 3. Aufl., München 1905
J. von Gierke,	Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8. Aufl., Berlin 1958
O. von Gierke,	Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887 (zit.: Genossenschaftstheorie)
	Deutsches Privatrecht, Bd. I, Leipzig 1895
	Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht in ArchBürgR 19, 114
	Besprechung reichsgerichtlicher Entscheidungen, Bürgerliches Recht, 1. Das Recht der Einzelpersönlichkeit in IhJb 35, 137
Glaser,	Haftungsfragen bei einer mit Erben fortgesetzten offenen Handelsgesellschaft in DB 1956, 933
Goldmann,	Das Handelsgesetzbuch vom 1o. Mai 1897, Bd. 2, Berlin 1905
Goldmann-Lilienthal,	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I, 2. Aufl., Berlin 1903
Haupt-Reinhardt,	Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Tübingen 1952

Heck,	Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
Heinsheimer,	Über die Teilhaberschaft, Beiträge zum inneren Recht der Personalgesellschaften in Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 12, Heidelberg 1930
Hellwig,	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. II, Leipzig 1907
Heusler,	Institutionen des Deutschen Privatrechts, Bd. I, Leipzig 1885
Herbst,	Das Erlöschen der Vollmacht nach heutigem Recht, Diss. Erlangen 1909
Heymann-Kötter,	Handelsgesetzbuch mit Erläuterungen, 20. Aufl., Berlin 1950
Hirsch,	Praktische Fälle aus dem Handels- und Wirtschaftsrecht mit Lösungen, 3. Aufl., Berlin und Frankfurt/M. 1963
Hoelder,	Kommentar zum Allgemeinen Theil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, München 1900
Holch,	Kann die Mitgliedschaft eines OHG-Gesellschafters in seinen Nachlaß und damit in die Verwaltung eines Testamentsvollstreckers fallen? Diss. Tübingen 1957
A. Hueck,	Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3. Aufl., Berlin 1964 (zit.: OHG)
	Der gemeinschaftliche Vertreter mehrerer Erben in einer Kommanditgesellschaft in ZHR 125, 1
	Der Treuegedanke im Recht der offenen Handelsgesellschaft in Festschrift für Rudolf Hübner zum siebzigsten Geburtstag, S. 72, Jena 1935
	Gesellschaftsrecht, München und Berlin 1965

A. Hueck,	Anmerkung zu BGHZ 22, 186 in JZ 1957, 222
	Anmerkung zu BGHZ 3, 354 in JZ 1952, 115
G. Hueck,	Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München und Berlin 1958
Hupka,	Die Vollmacht, Leipzig 1900
Joerges,	Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand nach deutschem Reichsrecht in ZHR 49, 140
Jung,	Bürgerliches Recht in Stammlers Enzyklopädie Das Gesamte Deutsche Recht, Bd. I, Berlin 1931, S. 447
Karger,	Zur Auslegung des § 117 HGB in DJZ 1928, 1079
Kattausch,	Die Anteile der Miteigentümer und der Gesamthänder an den gemeinschaftlichen Sachen, Diss. Gießen 1911
E. Kaufmann,	Zur Zulässigkeit der gesellschaftsvertraglichen Vermögensbindung in JZ 1959, 522
H. Kaufmann,	Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen, München 1911
J. Kohler,	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, Berlin 1906
	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Teil 1, Schuldrecht, Berlin 1906
	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Teil 2, Sachenrecht, Berlin 1919
	Die offene Handelsgesellschaft als juristische Person in ZHR 74, 456
	Nochmals die offene Handelsgesellschaft als juristische Person in ArchBürgR 40, 229

R. Kohler,	Die Klage auf Zustimmung zum Ausschluß eines Gesellschafters in NJW 1951, 5
Kipp,	Erbrecht, 8. Aufl., Marburg 1930
Koenige,	Handausgabe des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897, Bd. I, 4. Aufl., Berlin 1936
Krückmann,	Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung nach römischem Recht in AcP 103, 139
Küster,	Zur Frage der Gestaltbarkeit der Rechtsnachfolge für den Todesfall bei der OHG in DNotZ 1956, 460
Laband,	Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften, II. Das Gesellschaftsvermögen in ZHR 31, 1
H. Lange,	Lehrbuch des Erbrechts, München und Berlin 1962
Larenz,	Zur Lehre von der Rechtsgemeinschaft in IhJB 83, S. 108
H. Lehmann,	Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt/M. 1959
	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 14. Aufl., Berlin 1963
K. Lehmann,	Einzelrecht und Mehrheitswille in der Aktiengesellschaft in ArchBürgR 9, 297
Lehmann-Ring,	Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I, 2. Aufl., Berlin 1914
Lenski,	Das Wesen des Anteils am Vermögen, Diss. Jena 1929
Leonhard,	Allgemeines Schuldrecht des BGB, München und Leipzig 1929
	Besonderes Schuldrecht des BGB, München und Leipzig 1931

Leonhard,	Erbrecht, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, 2. Aufl., Berlin 1912
Liebisch,	Über die Rechtsstellung der Erben eines offenen Handelsgesellschafters in ZHR 116, 128
Merkel,	Die Rechtsnachfolge beim Tode eines Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft in BB 1956, 835
Michaelis,	Zur Rechtsstellung des Gesellschafter-Erben in ZAkDR 1943, 233
Müller-Erzbach,	Deutsches Handelsrecht, 2. und 3. Aufl., Tübingen 1928
	Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, Weimar 1948
Müller-Freienfels,	Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955
Mugdan,	Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. V, Erbrecht, Berlin 1899
Nagler,	Die gesamte Hand im Gesellschaftsrechte in Sächs. Arch. f. Bürgerl. Recht und Prozeß Bd. 10, 695
Neufeld-Schwarz,	Handelsgesetzbuch ohne Seerecht, Bd. I, Berlin 1931
Oertmann,	Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin 1927
	Recht der Schuldverhältnisse, Abt. 1, 5. Aufl., Berlin 1928
	Recht der Schuldverhältnisse, Abt. 2, 5. Aufl., Berlin 1929

Palandt,	Bürgerliches Gesetzbuch, 24. Aufl., München und Berlin 1965
Petersen,	Zum Verhältnis von Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der Nachfolge von Erben in einer Personalgesellschaft in JZ 1960, 211
Planck's Kommentar	zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 4. Aufl., Berlin 1913
	Bd. II, 2, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1928
	Bd. III, 1, 5. Aufl., Berlin und Leipzig 1932 - 33
Prasch,	Die unmittelbare Nachfolge der Erben in die Mitgliedschaft eines offenen Handelsgesellschafters, Diss. München 1960 (Zit.: Unmittelbare Nachf.)
RGRK	Kommentar zum Handelsgesetzbuch früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, Bd. II, 2. Aufl., Berlin 1950 (zit.: HGB-RGRK)
	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, Bd. I, Teil 1, 11. Aufl., Berlin 1959 (zit.: BGB-RGRK)
	Bd. II, Teil 2, 11. Aufl., Berlin 1960 (zit.: BGB-RGRK)
	Bd. V, Teil 1, 11. Aufl., Berlin 1960 (zit.: BGB-RGRK)
Richardi,	Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers an der Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft, Berlin und Frankfurt/M. 1961
Ritter,	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., München und Berlin 1932

Riesenfeld,	Die Erbenhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, Berlin 1916
Romberg,	Untersuchungen zur Auslegung des § 570 BGB in Gruch Beitr. 53, 635
Rosenberg,	Stellvertretung im Prozeß, Berlin 1908
Saenger,	Gemeinschaft und Rechtsteilung, Marburg 1913
Siebert,	Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der Offenen Handelsgesellschaft, Heft 13/13a der Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, 3. Aufl., Karlsruhe 1958 (zit.: GesVertr und Erbr.)
	Zur Gestaltung der Testamentsvollstreckung bei der Vererbung der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters, in Beiträge zum Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Alfred Hueck zum 70. Geburtstag, S. 321, München und Berlin 1959
	Die Nachfolge von Todes wegen in die Mitgliedschaft einer OHG in NJW 1955, 809
	Rechtsnachfolge beim Tode eines Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft in BB 1956, 837
	Aktuelle Rechtsfragen zur Mitgliedschaft in Personengesellschaften in Steuerberater-Jahrbuch 1955/56, 299
Siber,	Schuldrecht, Leipzig 1931
Soergel-Siebert,	Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, 9. Aufl., Stuttgart 1959
	Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. II, 9. Aufl., Stuttgart 1962
	Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. V, 9. Aufl., Stuttgart 1961

Sohm,	Der Gegenstand in Festgabe für Heinrich Degenkolb, "Drei Beiträge zum bürgerlichen Recht" (1905) S. 1
Sommer,	Der Testamentsvollstrecker im Handelsrecht in DNotZ 1936, 937
Schilling,	Zur Ausübung fremder Gesellschafterrechte im eigenen Namen, in Aktuelle Probleme aus dem Gesellschaftsrecht und anderen Rechtsgebieten, Festschrift für Walter Schmidt zum 70, Geburtstag am 18. Dezember 1959, S. 208, Berlin 1959
Schlegelberger,	Handelsgesetzbuch, Bd. II, 4. Aufl., Berlin und Frankfurt/M. 1963 (zit.: Schlegelberger-Geßler)
Schlicht,	Zugehörigkeit des Gesellschaftsanteils zum Nachlaß bei Fortsetzungsklausel (§ 139 HGB)? in NJW 1954, 984
Schönfeld,	Besprechung von Buchda, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre in AcP 143, 358
	Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts als Vorarbeit zu einer künftigen Wirklichkeitslehre des deutschen Rechts in der Festgabe "Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben", Bd. II, Berlin und Leipzig 1929, S. 191
Scholz,	Die Vererbung des GmbH Anteils in JR 1955, 331
Staub's Kommentar	zum Handelsgesetzbuch, Bd. I, 14. Aufl., Berlin und Leipzig 1932
	Bd. II, 14. Aufl., Berlin und Leipzig 1933
J. von Staudingers	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
	Bd. II, Teil 3, 10. Aufl., 1939 (zit.: Staudinger-Geiler 10)
	Bd. I, 11. Aufl., Berlin 1957
	Bd. II, Teil 3, 11. Aufl., Berlin 1958

J. von Staudingers	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
	Bd. II, Teil 4, 11. Aufl., Berlin 1958
	Bd. V, Teil 1, 11. Aufl., Berlin 1954
	Bd. V, Teil 2, 10./11. Aufl., Berlin 1960
Tiedau,	Gesellschaftsrechtliche Nachfolge im Verhältnis zum Erbrecht und zum neuen ehelichen Güterrecht in MDR 1957, 641
Titze,	Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl., Berlin 1932 (zit.: Schuldverhältnisse)
von Tuhr,	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Leipzig 1910 (zit.: Allgemeiner Teil)
	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II 2, München und Leipzig 1918
Veltmann,	Die verbandsrechtliche Struktur und Dynamik des Gesellschaftsbegriffs im Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Bonn 1936
Viezens,	Das Fortbestehen der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters in ZHR 35, 91
Vits,	Die gewillkürte Vertretung der Erben in einer Personenhandelsgesellschaft, Diss. Münster 1964
Weiler,	Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers gegenüber den Erben hinsichtlich einer personengesellschaftlichen Beteiligung des Erblassers in DNotZ 1952, 283
Wieland,	Handelsrecht, Bd. I, Unveränderter Neudruck der 1. Aufl. v. 1921, München und Leipzig 1931
H. Wolf,	Fragen um die Rechtsnachfolge des verstorbenen "offenen" Gesellschafters in NJW 1954, 1549

Würdinger, Gesellschaften, 1. Teil: Recht der Personalgesellschaften, Hamburg 1937

H.J. Wolff, Organschaft und Juristische Person, Bd. I, Juristische Person und Staatsperson, Berlin 1933

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A. A.	Anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band, Seite)
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht (Band, Seite)
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch vom Jahre 1861
a. E.	am Ende
Anm.	Anmerkung
BB	Betriebsberater (Jahr, Seite)
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. VIII. 1896 (RGBl. 195)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band, Seite)
DB	Der Betrieb, Wochenschrift für Betriebswirtschaft, Steuerrecht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht (Jahr, Seite)
II. Denkschrift z. HGB-Entwurf	(siehe Literaturverzeichnis)
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung (Jahr, Seite)
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift (Jahr, Seite)
DR	Deutsches Recht (Jahr, Seite)

EG	Einführungsgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Gruchot Beitr.	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Band, Seite)
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. V. 1897 (RGBl. 219)
h. M.	herrschende Meinung
HoldhMSchr.	Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen begründet von Holdheim (Jahr, Seite)
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr, Seite)
IhJb	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Band, Seite)
insbes.	insbesondere
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Jahrgang, Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
JR	Juristische Rundschau (Jahr, Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr, Seite)
KG	Kammergericht
KGJ	Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts (Band, Seite)
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH (Nr. der Entscheidung, Paragraph, Gesetz)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr, Seite)

NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
Nr.	Nummer
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht, auch: Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts (Band, Seite)
Recht	Das Recht (Aufsätze: Jahr, Seite; Entscheidungen: Jahr, Nummer)
RG	Reichsgericht
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar, siehe Literaturverzeichnis
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
RJA	Reichsjustizamt, Entscheidungssammlung in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Band, Seite)
S.	Seite; bei Paragraphenangaben Satz
S. o. S.	Siehe oben Seite
S. u. S.	Siehe unten Seite
SächsArch	Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß (Band, Seite)
u. a.	und andere
u. U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche

ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (Band, Seite)
z.B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht (Band, Seite)
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozeßordnung vom 30.I.1877

§ 1 PROBLEMSTELLUNG UND DARLEGUNG DER INTERESSENLAGE

Der Tod eines persönlich haftenden Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft bildet nach dem Gesetz [1] einen Grund zur Beendigung der Gesellschaft. Bedenkt man, daß regelmäßig die Komplementare zur persönlichen Mitarbeit verpflichtet sind, erscheint diese Lösung auch zweckmäßig. Denn nicht nur die Arbeitskraft des verstorbenen Teilhabers geht verloren, auch die interne Zuständigkeitsordnung und die zugrundeliegende Machtverteilung werden durch den Tod eines Gesellschafters erheblich gestört. Doch berücksichtigt die gesetzliche Regelung andererseits die Vermögensinteressen der Beteiligten kaum. Nur in wenigen Fällen wird es gelingen, bei der Auflösung des Unternehmens dessen vollen Wert zu realisieren. Die immateriellen Geschäftswerte, wie etwa der good will, die Kundschaft, die Beziehungen zu Lieferanten und dergleichen, gehen meist verloren, weil sie mit dem Unternehmen der Gesellschaft untergehen. Außerdem bildet das Unternehmen häufig die einzige Erwerbsquelle der Gesellschafter, die meist verpflichtet sind, ihm ihre ganze Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Der gesetzliche Normalfall der Auflösung der Gesellschaft beim Tode eines vollhaftenden Gesellschafters findet sich daher in der Praxis selten. In aller Regel wird § 131 Nr. 4 HGB abbedungen [2]. Für den Fall des Todes eines Kommanditisten ist der Gesetzgeber sogar selbst von dem Prinzip, die Gesellschaft aufzulösen, abgewichen (§ 177 HGB).

Um das Interesse der übrigen Gesellschafter am Fortbestand des Unternehmens zu wahren, sieht daher § 138 HGB bei entsprechender Gestaltung des Gesellschaftsvertrages die Fortsetzung der Gesellschaft unter den verbleibenden Gesellschaftern auch beim Tode eines vollhaftenden Teilhabers vor. Aber auch diese Lösung bietet nur geringe Vorteile. Zwar wird das Unternehmen auf diese Weise erhalten. Die interne Machtverteilung ändert sich aber durch das Ausscheiden eines Mitgliedes der Gesellschaft unter Umständen derart, daß nicht mehr alle verbleibenden Teilhaber am Fortbestand des Unternehmens interessiert sind. Außerdem ergibt sich die Notwendigkeit, die Erben des ausgeschiedenen Gesellschafters abzufinden. Die hierfür erforderlichen Mittel sind von der Gesellschaft aufzubringen und können diese in unzumutbarer Weise belasten. Allerdings lassen sich im Vertrage die Abfindungsansprüche der Erben ausschließen [3]. Der Wert der Betei-

---

1) So für die offene Handelsgesellschaft § 131 Nr. 4 HGB, für die Kommanditgesellschaft §§ 161 Abs. 2, 131 Nr. 4 HGB.

2) A. Hueck, OHG, S. 249.

3) Baumbach-Duden, Anm. 4 F zu § 138; Schlegelberger-Geßler, Rdnr. 27 zu § 138, a.E.; Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 19 zu § 738; Schultze-v. Lasaulx in Soergel-Siebert, Rdnr. 8 zu § 738; RGZ 145, 289 (294); RGZ 171, 345 (350); BGHZ 22, 186 (194 f.).

ligung des Erblassers geht dann jedoch seinen Erben verloren. Auch § 138 HGB bietet also, von Sonderfällen abgesehen, keine brauchbare Lösung.

§ 139 Abs. 1 HGB behandelt eine weitere Gestaltungsmöglichkeit, die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben des ausgeschiedenen Teilhabers. Je nach dem Inhalt der getroffenen Vereinbarung ist dabei zu unterscheiden zwischen der sogenannten Eintrittsklausel und der sogenannten Nachfolgeklausel [1].

Enthält der Gesellschaftsvertrag eine die jeweiligen Erben berechtigende Eintrittsklausel, so erlischt die Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters. Dessen Erbe kann aber von den übrigen Gesellschaftern die Aufnahme in die Gesellschaft verlangen [2]. Macht er von diesem Recht keinen Gebrauch, wird die Gesellschaft ohne ihn unter den Gesellschaftern fortgesetzt wie im Falle des § 138 HGB. Räumt die Eintrittsklausel dagegen den Mitgesellschaftern des Verstorbenen das Recht ein, von dem Erben den Eintritt in die Gesellschaft zu verlangen [3], so ist dieser zwar verpflichtet, der Gesellschaft beizutreten. Er kann jedoch in entsprechender Anwendung des § 139 HGB vom Eintritt absehen, falls man ihn nicht auf sein Verlangen als Kommanditisten aufnimmt [4]. Lehnt er die Aufnahme in die Gesellschaft aus diesem Grunde ab, müssen die Mitgesellschafter des verstorbenen Teilhabers entscheiden, ob sie auch ohne den Erben die Gesellschaft fortsetzen wollen. Die Nachteile einer Regelung nach § 138 HGB werden hier also noch dadurch verstärkt, daß es weitgehend von dem bzw. den Erben abhängt, ob und mit welchen Rechten und Pflichten sie Teilhaber werden. Da Abreden dieser Art meist für alle Gesellschafter in gleicher Weise getroffen werden, läßt sich die Zusammensetzung der Gesellschaft bei Vereinbarung einer Eintrittsklausel nicht auf lange Sicht vorausbestimmen.

Mit Hilfe der sogenannten Nachfolgeklausel soll demgegenüber erreicht werden, daß mit dem Tod eines Gesellschafters der jeweils Begünstigte als Nachfolger unmittelbar und ohne eigenes Zutun Mitglied der Gesellschaft wird. Doch sind hier abermals zwei Gestaltungen zu unterscheiden. Denn entweder können die Gesellschafter allein diese Rechtsfolge herbeiführen, oder sie bedürfen dazu der Mitwirkung der künftigen Nachfolger.

Faßt man die Nachfolgeklausel als Angebot an den Begünstigten auf, ihm die Mitgliedschaft des betreffenden Gesellschafters aufschiebend bedingt durch dessen Tod zu übertragen - einige Autoren sprechen in diesem Zusammenhang von der

---

1) Siebert, GesVertr und Erbr., S. 12.

2) A. Hueck, OHG, S. 297; Schlegelberger-Geßler, Rdnr. 5 zu § 139; Siebert, aaO., S. 12 ff.; ders., Steuerberater-Jahrbuch, 1955/56, S. 316.

3) Vgl. dazu Schlegelberger-Geßler, Rdnr. 5 zu § 139.

4) Wegen der Analogie zu § 139 HGB vergleiche A. Hueck, OHG, S. 297 und Schlegelberger-Geßler, Rdnr. 5 zu § 139.

eigentlichen Nachfolgeklausel [1] - so liegt der letztgenannte Fall vor. Der Begünstigte muß die Offerte annehmen, soll die in den Gesellschaftsvertrag aufgenommene Klausel auch ihm gegenüber Wirkungen äußern [2]. Die Gesellschafter haben es bei Abgabe eines solchen Angebots also zwar in der Hand, Rechte und Pflichten des Nachfolgeberechtigten festzulegen. Doch sind sie, wird das Angebot angenommen, damit auch gebunden, es sei denn, die Vereinbarung verstößt gegen die Vorschriften über Schenkungen von Todes wegen (§ 2301 BGB). Bedenkt man, daß Abreden dieses Inhalts für Jahre oder Jahrzehnte im voraus getroffen werden müssen, wenn sie ihren Zweck erfüllen sollen, daß nicht einmal feststeht, ob der Begünstigte den betreffenden Gesellschafter überhaupt überleben wird, so wird erkennbar, wie wenig praktisch diese Gestaltungsmöglichkeit ist.

Vereinbaren dagegen nur die Teilhaber untereinander im Gesellschaftsvertrag, daß die Gesellschaft unmittelbar mit ihren Erben fortgesetzt werden soll (§ 139 Abs. 1 HGB), so werden diese mit dem Tode des Erblassers ipso iure Gesellschafter. Überwiegend wird angenommen, daß sie als einzelne kraft Erbrechts Gesellschafter werden. Manche Autoren bezeichnen diese Form der Nachfolgevereinbarung daher als Vererbungsklausel [3]. Bei einer solchen auf das Erbrecht gestützten Nachfolge können die Erben zwar nach den allgemeinen Regeln die Erbschaft ausschlagen und verlieren damit auch ihre Stellung als Mitglied. Nehmen sie jedoch die Erbschaft an, so kann jeder Erbe, der nicht voll haftender Gesellschafter sein will, nur noch entweder nach § 139 Abs. 1 HGB sein Verbleiben in der Gesellschaft von der Einräumung der Kommanditistenstellung abhängig machen oder, wenn die übrigen Gesellschafter damit nicht einverstanden sind, nach § 139 Abs. 2 HGB aus der Gesellschaft ausscheiden. Der Erwerb der Mitgliedschaft beim Tode des Teilhabers wird dadurch aber nicht verhindert. Das Interesse des Erblassers, seine Mitgliedschaft seinen Erben zukommen zu lassen, ist also gewahrt.

Die Interessen der übrigen Gesellschafter werden jedoch nur teilweise berücksichtigt. Zwar bleibt das Unternehmen erhalten, und im Regelfall wird auch eine Verminderung seiner Geldmittel vermieden. Doch können die Erben den Erblasser, der oft durch seine Arbeitsleistung und seine besonderen Erfahrungen wesentlich zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks beigetragen haben wird, nur selten ersetzen. Auch nimmt die Zahl der Gesellschafter zu, während die Anteile kleiner werden. Denn meist wird nicht nur ein Erbe Mitglied. Je kleiner aber die Anteile der neuen Gesellschafter sind, desto weniger sind diese am Unternehmen interessiert. Die zunehmende Zahl der Teilhaber erschwert darüber hinaus die

1) Schlegelberger-Geßler, Rdnr. 1 zu § 139; Tiedau in MDR 1957, 641 (643).
2) Vgl. Siebert, GesVertr und Erbr, S. 17 f.
3) Schlegelberger-Geßler, Rdnr. 1 zu § 139; Tiedau, aaO., S. 641.

Mitwirkung bei der Verwaltung des Unternehmens [1]. Und nicht zuletzt kann die im Gesellschaftsvertrag festgelegte, zumeist sorgfältig ausgewogene Machtverteilung durch die Bildung neuer Interessengruppen mit Hilfe der neuen Teilhaber verändert werden. Die Nachfolgeklausel, die § 139 Abs. 1 HGB voraussetzt, bietet gegenüber den anderen, bereits dargestellten Möglichkeiten zur Fortsetzung der Gesellschaft somit zwar Vorteile. Eine wirklich interessengerechte Lösung gibt aber auch sie in vielen Fällen noch nicht.

Die an der Beseitigung der geschilderten nachteiligen Folgen unmittelbar interessierten Kaufleute versuchen infolgedessen, durch zweckmäßige Gestaltung der Gesellschaftsverträge und auf diese abgestimmte letztwillige Verfügungen ein befriedigendes Ergebnis zu erzielen. Und zwar geht es den Gesellschaftern einmal darum ihren Erben den vollen wirtschaftlichen Wert der Mitgliedschaft zuzuwenden. Zumeist werden sie deshalb auch bestrebt sein, die Gesellschaft und damit das Unternehmen als Dauererwerbsquelle zu erhalten, selbst wenn nur einzelne Erben aktiv im Handelsgeschäft mitarbeiten können und wollen. Zum anderen müssen sie für den Fall Vorsorge treffen, daß einer ihrer Mitgesellschafter verstirbt. Hier liegt es in ihrem Interesse, eine Form für den Fortbestand der Gesellschaft zu finden, die die bestehende Macht- und Zuständigkeitsverteilung möglichst wenig verändert. Sie werden daher die Bestimmung eines einzigen Nachfolgers bevorzugen und zumindest den Versuch machen, sich einen Einfluß auf die Auswahl eines geeigneten Nachfolgers zu sichern. Diese verschiedenen Interessen müssen jedoch notwendig miteinander in Konflikt geraten. Wird nur ein Erbe Gesellschafter, sind die übrigen von der Beteiligung ausgeschlossen. Damit wird die Frage der Abfindung aufgeworfen. Erwerben hingegen alle Erben die Mitgliedschaft des Verstorbenen, so ändert sich die Macht- und Zuständigkeitsverteilung. Außerdem hat die Zersplitterung des Geschäftsanteils die erwähnten nachteiligen Folgen. Ein Ausweg aus diesem Dilemma ist nur möglich, wenn die Konsequenzen aus der Nachfolge eines oder mehrerer Erben durch zweckentsprechende Vereinbarungen gemildert werden.

Hierfür bieten sich zwei Wege an. Wird nur ein Miterbe Gesellschafter, so müssen die anderen schadlos gehalten werden. Hier ergeben sich zahlreiche Möglichkeiten. Erwirbt der eine Miterbe nur den seiner Erbquote entsprechenden Teil der Mitgliedschaft und scheiden seine Miterben aus, so entstehen für sie Abfindungsansprüche. Da entweder die Gesellschaft damit belastet wird oder die Erben durch eine vereinbarte Minderbewertung des Auseinandersetzungsguthabens benachteiligt werden, erscheint diese Lösung kaum interessengerecht. Erwirbt ein Erbe dagegen die gesamte Mitgliedschaft des Erblassers, so sind zwar die Interessen der übrigen Gesellschafter, nicht dagegen die der Miterben gewahrt. Hier ließe sich in gewissem Umfang dadurch Abhilfe schaffen, daß der Erblasser seinen Nachfolger in der Gesellschaft mit Hilfe letztwilliger Verfügungen zwingt, den Miterben eine Unter-

---

1) A. Hueck in ZHR 125, 2 f.

beteiligung einzuräumen. Der Nachfolger wäre dann jedoch allein zur Mitarbeit in der Gesellschaft verpflichtet und müßte für deren gesamte Verbindlichkeiten haften. Darüber hinaus hätte er die Miterben am Gewinn zu beteiligen. Diese andererseits erhielten nur eine mittelbare Beteiligung und dementsprechend geringen Einfluß. Auch diese Gestaltung vermag daher nicht zu befriedigen.

Während die angeführten Lösungen in erster Linie die Interessen der Mitgesellschafter berücksichtigten, haben die folgenden Versuche ihre Grundlage in den Ansprüchen der Miterben. Sie gehen davon aus, daß alle Miterben Gesellschafter werden sollen, beschränken die Erben aber bei der Ausübung ihrer Rechte, um so den Interessen der übrigen Teilhaber gerecht zu werden. Eine derartige Beschränkung liegt in der Verpflichtung der Erben durch letztwillige Verfügung, ihre Mitgliedschaft einem Miterben zu treuen Händen zu übertragen. Hier ergeben sich die gleichen Bedenken, die schon gegen die Unterbeteiligung bei der Nachfolge eines Erben in die Mitgliedschaft sprachen. Auch die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers mit der Aufgabe, die Mitgliedschaften zu verwalten, führt nicht zum gewünschten Erfolg. Diese Lösung scheitert bereits daran, daß nach herrschender Meinung ein Testamentsvollstrecker die Erben-Gesellschafter nur mit Beschränkung auf den Nachlaß verpflichten kann, was mit dem Gesellschaftsrecht (§ 128 HGB) nicht zu vereinbaren ist [1].

Um trotzdem zu einem interessengerechten Ergebnis zu gelangen, legen die Gesellschafter von Personenhandelsgesellschaften nicht selten fest, daß alle Erben Teilhaber werden sollen, daß die Erben die Wahrnehmung ihrer Rechte aus der Mitgliedschaft aber einem gemeinschaftlichen Vertreter überlassen müssen. Eine Nachfolgeklausel gemäß § 139 Abs. 1 HGB wird also durch eine Vertretervereinbarung modifiziert. Diese von A. Hueck als Vertreterklausel bezeichnete Vertragsbestimmung, die nach seiner Auffassung nur für Kommanditisten paßt [2], böte auch den Teilhabern einer offenen Handelsgesellschaft manche Vorteile. So wären die Erben unmittelbar an der Gesellschaft beteiligt. Lediglich die Ausübung ihrer Mitgliedschaftsrechte müßten sie einem gemeinsamen Vertreter überlassen, der aber von ihnen gewählt würde und ihren Weisungen Folge zu leisten hätte. Für die übrigen Gesellschafter träte der Bevollmächtigte an die Stelle des Erblassers. Er übernähme dessen Aufgaben und könnte bei entsprechender fachlicher

1) RGZ 170, 392 (394); RGZ 172, 199 (203); BGHZ 24, 106 (113); KG DNotZ 1955, 418; Kipp-Coing, § 68 III 2; Staudinger-Dittmann, Vorbem. vor § 2197 Rdnr. 69; Rdnr. 62 zu § 2205; A. Hueck, OHG, S. 304; Siebert in Festschrift für Alfred Hueck zum 70. Geburtstag, S. 321 ff. (329 f.); Schilling in Festschrift für Walter Schmidt, S. 208 ff. (214); Richardi, Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers an der Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft, S. 26, 43.

2) A. Hueck in ZHR 125, 1 (4).

Qualifikation durch seine Mitarbeit dazu beitragen, die Arbeitskraft des ausgeschiedenen Teilhabers zu ersetzen. Gleichfalls wäre es möglich, die Erben-Gesellschafter dadurch zu einer Handlungseinheit zusammenzufassen, daß dem gemeinsamen Vertreter nur die einheitliche Ausübung der Mitgliedschaftsrechte gestattet würde. Auf diese Weise ließe sich sogar die einmal geschaffene Macht- und Zuständigkeitsverteilung innerhalb der Gesellschaft aufrechterhalten. Vertreterklauseln könnten daher durchaus auch für offene Handelsgesellschaften Bedeutung erlangen.

Die vorliegende Untersuchung soll klären, welche Möglichkeiten sich den Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft insoweit bieten. Und zwar ist festzustellen, ob und in welchem Umfang eine Nachfolgeklausel im Sinne des § 139 Abs. 1 HGB durch eine Vereinbarung ergänzt werden kann, die den Erben-Gesellschaftern das Recht gewährt bzw. die Pflicht auferlegt, sich bei der Ausübung ihrer Mitgliedschaftsrechte durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten vertreten zu lassen. Das setzt jedoch voraus, daß die Wirkungen der Nachfolgeklausel bekannt sind. Denn erst deren Kenntnis schafft die Basis, von der aus versucht werden kann, einzelne der unerwünschten Folgen zu mildern oder zu beseitigen. Ehe auf die Vertreterklausel, ihre Zulässigkeit und ihre Wirkungen, eingegangen werden kann, ist daher zunächst einmal zu untersuchen, welche Wirkungen die Nachfolgevereinbarung selbst hat.

Dabei steht die Frage im Vordergrund, ob die Miterben unmittelbar als einzelne eine eigene Mitgliedschaft erwerben oder ob die Mitgliedschaft des Erblassers oder einzelne ihrer Bestandteile ihnen als Erbengemeinschaft zustehen. Denn je nach der Antwort auf diese Frage sind die Aufgaben der Vertreterklausel verschieden. Bilden die Erben ohnehin eine Gemeinschaft, bedarf es keiner Zusammenfassung mit Hilfe der Vertretervereinbarung. Die Bedeutung einer solchen Abrede würde sich dann darin erschöpfen, die Notwendigkeit eines gemeinschaftlichen Auftretens aller Gesamthänder im Verhältnis zur Gesellschaft zu beseitigen. Erwerben die Erben dagegen als einzelne eigene Mitgliedschaften, müssen im Gesellschaftsvertrag überhaupt erst die Voraussetzungen geschaffen werden, um sie zu veranlassen, ihre Rechte übereinstimmend auszuüben. Hier zeigen sich die Wirkungen des Fehlens einer gesamthänderischen Bindung. Die Untersuchung beginnt daher mit dem Nachweis des unmittelbaren Erwerbs einer eigenen Mitgliedschaft durch die einzelnen Erben aufgrund einer Nachfolgeklausel.

§ 2 DER UNMITTELBARE ERWERB DER MITGLIEDSCHAFT DURCH DIE EINZELNEN ERBEN AUFGRUND DER NACHFOLGEKLAUSEL

A) INHALT UND STRUKTUR DER MITGLIEDSCHAFT IN EINER PERSONENHANDELSGESELLSCHAFT

I. VORBEMERKUNGEN

Ein erheblicher Teil der Schwierigkeiten, die sich bei der Behandlung von Fragen ergeben, die mit der Teilhaberschaft in Personenhandelsgesellschaften zusammenhängen, ist darauf zurückzuführen, daß über den Inhalt und die Struktur der Mitgliedschaft die unterschiedlichsten Auffassungen bestehen. Die hierin liegende Unklarheit wird jedoch dadurch verdeckt, daß die meisten Autoren eine im wesentlichen gleiche Terminologie verwenden und so der Anschein erweckt wird, alle seien einer Auffassung. Das läßt sich bereits bei der Begriffsbestimmung erkennen. Abgesehen von einer besonders im Vereinsrecht vertretenen Ansicht, die die Mitgliedschaft selbst als Recht bezeichnet [1], damit aber nur das sogenannte "Recht auf die persönliche Rechtsstellung innerhalb des Vereins" [2], also allenfalls einen Bestandteil der Mitgliedschaft, meint, sieht man die Teilhaberschaft zumeist als die Summe der (vermögens- und verwaltungsrechtlichen) Beziehungen der Gesellschafter untereinander an [3]. Hinter dieser äußeren Übereinstimmung verbirgt sich jedoch einmal der Gegensatz der Auffassungen über die Partner des Rechtsverhältnisses der Mitgliedschaft. Denn entweder stehen dem einen Gesellschafter die übrigen gegenüber, [4] oder das Recht knüpft Beziehungen

1) K. Lehmann in ArchbürgR 9, 297 (298); v. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 241; ders. in IhJb 35, 137 (194); Affolter in ArchbürgR 42, 248 (252); H. Lehmann, Allgemeiner Teil, § 60 IV 2 a εαα.

2) H. Lehmann, aaO. Dieses sog. Recht auf die Mitgliedschaft ist im Zusammenhang mit der Entziehung der Mitgliedschaft Gegenstand des Streits.

3) Schultze-v. Lasaulx in Soergel-Siebert, Rdnr. 21 zu § 705; ähnlich H. Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 75 (Gesamtheit der Rechtsbeziehungen im Verhältnis der Gesellschafter zueinander); Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 177 III 1 (Gesellschafterstellung im Ganzen); Heinsheimer, Über die Teilhaberschaft, S. 14 (Inbegriff dessen, was die Zugehörigkeit zu einem Verband für ein Individuum bedeutet), S. 25 (Gesamtheit der rechtlichen Beziehungen, die sich für jemanden aus seiner Zugehörigkeit zu einer Personalgesellschaft ergeben); mit letzterem übereinstimmend auch Veltmann, Die verbandsrechtliche Struktur und Dynamik des Gesellschaftsbegriffs im Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 66; auch Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, S. 88, ist hierher zu rechnen.

4) So beispielsweise Schultze-v. Lasaulx in Soergel-Siebert, Rdnr. 21 zu § 705.

zwischen einem Teilhaber und der Gesamtheit der Gesellschafter, zu der auch er gehört [1] [2]. Zum anderen tritt nicht in Erscheinung, daß durchaus nicht alle Autoren sich mit der Zweiteilung der Mitgliedschaftsrechte und -pflichten in Wert- bzw. Vermögensrechte und -pflichten einerseits und Organschafts- bzw. Mitverwaltungsrechte andererseits begnügen, wie die Kategorie der sog. Schutzrechte zeigt [3]. Hinzukommt, daß auch die Zusammensetzung der einzelnen Gruppen von Mitgliedschaftsrechten bzw. -pflichten Zweifeln unterliegt. So ist beispielsweise umstritten, ob zu den Vermögensrechten auch sachenrechtliche Beziehungen gehören oder nicht [4]. Es erscheint daher notwendig, erst einmal zu untersuchen, welchen Inhalt und welche Struktur die Mitgliedschaft hat. Doch läßt sich dieser Fragenkomplex nicht isoliert behandeln. Denn Art und Umfang der mitgliedschaftlichen Beziehungen der Teilhaber einer Personenhandelsgesellschaft hängen nicht zuletzt ab vom Aufbau der Gesellschaft und damit auch vom Aufbau der Gesamthandgemeinschaften überhaupt. Inhalt und Struktur der Mitgliedschaft sind daher im Zusammenhang mit der Struktur dieser Gemeinschaften zu betrachten.

Im Hinblick auf das Ziel der vorliegenden Untersuchung, die Vererbung der Mitgliedschaft und ihre Verwaltung durch Vertreter zu klären, erscheint es jedoch zweckmäßig, von vornherein eine Einschränkung zu machen. Zwar ist es nur dann sinnvoll, die Probleme der Vererbung und der Verwaltung der Mitgliedschaft zu untersuchen, wenn feststeht, welche Rechte und Pflichten unter dieser Bezeichnung zusammengefaßt und wem sie zu welchem Zweck zugeordnet werden. Das erfordert aber keine bis in alle Einzelheiten gehende Antwort auf die Frage, wie ein Recht mehreren Berechtigten gesamthänderisch zugerechnet wird. Es genügt vielmehr zu wissen, daß dem Mitberechtigten das Recht unmittelbar oder nur mittelbar zusteht. Nur insoweit sind die Theorien zur Struktur der Gesamthandgemeinschaften im Rahmen dieser Arbeit von Interesse.

Je nach der Antwort, die die Autoren dieser Theorien auf die Frage nach der Unmittelbarkeit der Berechtigung gegeben haben, lassen sich drei Gruppen von Ansichten unterscheiden. Die Anhänger der mehrheitlichen Zuständigkeit gehen davon aus, daß mehreren Berechtigten ein subjektives Recht unmittelbar zustehe, und erörtern daher vor allem, was die Beteiligung des einzelnen Berechtigten an diesem einen Recht und am Gesamthandvermögen ausmache [5].

---

1) So etwa Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 80 zu § 705.

2) Vgl. auch unten S. 37 f.

3) S. u. S. 26.

4) S. u. S. 22 ff., insbes. S. 24 f.

5) Als Anhänger der mehrheitlichen Zuständigkeit sind anzusehen:

a) Otto von Gierke (Genossenschaftstheorie, S. 339 ff. 436 ff.; ders. ArchBürgR 19, 114 ff. (124).

Die Anhänger der Einheitszuständigkeit ordnen dagegen das gemeinschaftliche Recht unmittelbar einer künstlich geschaffenen Einheit zu, an der die eigentlichen Berechtigten als Mitglieder beteiligt werden. Die Mitglieder sind daher nur mittelbar, durch die rechtstechnische Einheit, berechtigt 1).

Fortsetzung der Fußnote 5 von Seite 8:

b) die Vertreter der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung (von Tuhr, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, S. 80 f.; Binder, Erbrecht, S. 83; Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, S. 1131; Planck-Lobe, Vorbem. II 3 vor § 705 unter Hinweis auf Planck-Strecker, Anm. 2c zu § 925; Düringer-Hachenburg-Geiler Bd. II, 1 Allgemeine Einleitung, Rdnr. 20 ff., insbes. Rdnr. 23; Staudinger-Geiler, 10, Rdnr. 40 ff. vor § 705, insbes. Rdnr. 45; Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 42 ff. vor § 705; Schlegelberger-Geßler, Rdnr. 28 und 34 zu § 105; Romberg, Gruchot Beitr. 53, 635 (654); Kaufmann, Eigentum am Gesellschaftsvermögen, S. 44 ff.; Saenger, Gemeinschaft und Rechtsteilung, S. 98 ff.; RGZ 56, 206 (209); wohl auch Staub-Pinner, Anm. 28 zu § 105; Weipert, HGB-RGRK, Anm. 34 zu § 105; u.a.).

c) die Vertreter der Theorie der geteilten Mitberechtigung (Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts, Bd. I, S. 225 ff.; Laband in ZHR 31, 1 (57 ff.) Joerges in ZHR 49, 140 (167 ff.); Nagler in SächsArch 10, 695 (723 ff.); Krückmann in AcP 103, 139 ff., insbes. 293 ff.; Dernburg-Raape, Bürgerliches Recht, Bd. II, 2, S. 657, 666; Kipp, Erbrecht 8, § 82 VI 1; Binder, Rechtsstellung des Erben, III. Teil, S. 29, 42 ff.; Heck, Grundriß des Schuldrechts, S. 370 ff.; Titze, Schuldverhältnisse, S. 141; Goldmann-Lilienthal, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, S. 783 f.; Lehmann-Ring, Vorbem. vor § 105; u.a.).

d) die Vertreter der Theorie der Rechtsgemeinschaft kraft Personenrechts (Sohm, Der Gegenstand, S. 60 ff.; Siber, Schuldrecht, S. 392 ff.; Jung, Bürgerliches Recht, S. 524 f.; 527; Oertmann, Vorbem. 4c vor § 705 u.a.).

e) die Vertreter der Theorie der Gesamtheit bzw. Einheit des Gesamthandvermögens (Leonhard, Erbrecht, § 2032 Anm. III, C, D; ders., Allgemeines Schuldrecht, S. 740 ff.; Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1, S. 396; Bd. II, 2, S. 55 ff.; Lenski, Das Wesen des Anteils am Vermögen, S. 56 ff.).

f) Konrad Engländer (Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft, insbes. S. 33 f., 103 ff.).

1) Zu den Anhängern einheitlicher Zuständigkeit gehören:

a) die Autoren, die die oHG als juristische Person bzw. als relative juristische Person ansehen (so Kohler in ZHR 74, 456 (457 ff.); ders. in ArchBürgR 40,

Es wird hier also dasselbe Prinzip verwandt, das schon der Gesetzgeber bei der Gestaltung der juristischen Personen zugrundegelegt hat. Dementsprechend steht das Problem der Rechtsfähigkeit im Vordergrund. Und schließlich ist auch noch die Ansicht vertreter worden, im Verhältnis zu Dritten sei eine Handelsgesellschaft Rechtsträger, im Verhältnis der Gesellschafter zueinander seien diese unmittelbar berechtigt [1]. Hier werden also einheitliche und mehrheitliche Zuständigkeit kombiniert.

Unter Berücksichtigung dieser unterschiedlichen Ergebnisse der Gesamthandtheorien, die geeignet sind, auch die Bestandteile der Mitgliedschaft zu beeinflussen, sollen die in der Literatur vertretenen Ansichten zum Inhalt und zur Struktur der Mitgliedschaft dargestellt werden. Und zwar werden die Meinungen der Anhänger der mehrheitlichen Zuständigkeit (II), der einheitlichen Zuständigkeit (III) und der kombinierten Zuständigkeiten (IV) zunächst im Zusammenhang wiedergegeben. Daran schließt sich die Entwicklung der eigenen Auffassung (V) an.

Fortsetzung der Fußnote 1 von Seite 9:
229 ff.; Gareis, Das deutsche Handelsrecht, S. 129, 155, 163; ders., Handelsgesetzbuch, Anm. 1 ff. zu § 124)

b) die Autoren, die die Gesellschaft als doppelseitiges Kollektivrechtsverhältnis auffassen (Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, insbes. S. 84 ff.; Closs, Die Doppelnatur der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, S. 10, 21 f.)

c) die Vertreter der Lehren von der Rechtssubjektivität der Gesamthandgemeinschaften (Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 661 ff., der sich zumindest dieser Ansicht immer mehr genähert hat; Kattausch, Die Anteile der Miteigentümer und der Gesamthänder an den gemeinschaftlichen Sachen, S. 60 ff.; Baumgarten, Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode, S. 43 ff.; Schönfeld in "Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, II. Bd., S. 191 (223 ff.); Blomeyer, Die außerpositiven Grundlagen des Privateigentums, S. 67 f.; Buchda, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre, S. 249 ff.; Heinsheimer, Über die Teilhaberschaft, S. 16 f., 31; Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 120 ff., 135 ff.)

1) Die kombinierten Zuständigkeiten werden von Wieland zugrundegelegt (Handelsrecht, Bd. I, S. 396 ff., insbes. S. 425).

II. DIE ANSICHTEN DER ANHÄNGER MEHRHEITLICHER ZUSTÄNDIGKEIT

1. Die Lehre Otto von Gierkes

Otto von Gierke unterscheidet in seiner Genossenschaftstheorie die Körperschaften, die er dem Sozialrecht unterstellt, von den individualrechtlichen Gemeinschaftsverhältnissen, die sich dadurch auszeichnen sollen, daß die Gemeinschaften nicht als selbständige Persönlichkeiten anerkannt sind [1]. Zu den Gemeinschaften des Individualrechts zählt er auch die Personenhandelsgesellschaften, deren Mitglieder wie die der anderen Gesamthandgemeinschaften zwar durch ein Rechtsband zu einer Gruppe mit gesamthänderischer Berechtigung und Verpflichtung vereinigt seien, denen aber ein "von dem Einzelwillen losgelöster und in einem selbständigen Verbandsorganismus verkörperter Gemeinwille" fehle [2]. Die persönliche Verbundenheit der Gesamthänder bewirke aber, daß die ihnen in ihrer Verbundenheit zustehenden Rechte und Pflichten als einheitliche Gesamtsphäre von den Sondersphären der einzelnen Mitglieder getrennt werden könnten [3]. An diesem Gesamthandvermögen soll jedem Mitglied ein ideeller Anteil gehören [4], der aber nur den Wert erfaßt [5]. Anteile an den einzelnen Vermögensgegenständen lehnt von Gierke dagegen ab [6].

Von dieser theoretischen Grundlage her beurteilt von Gierke auch das Verhältnis einer Personenhandelsgesellschaft zu ihren Gesellschaftern. Aus der Zuständigkeit der gesamten Hand für die einzelnen Rechte und Pflichten der Gesellschaft folgert er, daß auch eine Gesellschaft und ihre Mitglieder einander als Berechtigte bzw. Verpflichtete gegenübertreten könnten. Doch handle es sich im Grunde nur um Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander, die allerdings durch die Verbundenheit der Teilhaber beeinflußt würden [7]. Hieraus leitet von Gierke drei Gruppen von Beziehungen ab:

Lägen subjektives Recht und subjektive Verpflichtung in der gesellschaftlichen Gemeinsphäre, so beträfen sie die Gesellschafter als einzelne, weil die Gesellschaft keine Körperschaft sei [8]. In diese Gruppe von Beziehungen rechnet er die Befugnis und die Pflicht zur Geschäftsführung sowie zu deren Entziehung oder

---

1) O. von Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 9, 339.
2) O. von Gierke, aaO., S. 343.
3) O. von Gierke, aaO., S. 344.
4) O. von Gierke in ArchBürgR 19, 114 (124).
5) O. von Gierke, Deutsches Privatrecht; Bd. I, S. 679.
6) O. von Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 513.
7) O. von Gierke, aaO., S. 522.
8) O. von Gierke, aaO., S. 523 f.

Duldung, zur Erhebung oder Beachtung eines Widerspruchs gegen einen Geschäftsführungsakt, zur Erteilung oder Einholung einer Instruktion, die Pflicht zur Unterlassung und das Recht zur Untersagung des Konkurrenzbetriebes und viele andere [1]. Soweit sie als Mitgliedschaftsrechte noch heute anerkannt sind, werden sie zu den sog. Mitverwaltungsrechten gezählt [2].

Ein Rechtsverhältnis der zweiten Gruppe liegt nach von Gierkes Meinung dann vor, wenn Rechtsbeziehungen unter den Gesellschaftern einerseits in die Gemeinsphäre und andererseits in eine gesellschaftliche Sondersphäre fallen. Dann sollen sich Gesellschafter und Gesellschaft gegenüberstehen können, weil der einzelne Teilhaber seine Individualsphäre vertrete [3]. Hierher gehörten beispielsweise die Beitragspflicht und der Anspruch auf Aufwendungsersatz. Mitgliedschaftsrechte bzw. -pflichten dieser Kategorie werden in der modernen Terminologie zu den sogenannten Vermögensrechten bzw. -pflichten gerechnet [4].

Die dritte Gruppe schließlich umfasse diejenigen Rechtsverhältnisse, die einerseits der gesellschaftlichen Gemeinschaftssphäre, andererseits der außergesellschaftlichen Sphäre zugeordnet werden müßten. Es handele sich also um Rechte, die die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit gegen einen oder mehrere Teilhaber in außergesellschaftlicher Stellung oder umgekehrt einzelne Mitglieder in außergesellschaftlicher Position gegen die Teilhaber in ihrer Verbundenheit geltend machen könnten [5]. In einem solchen Falle trete der Gesellschafter wie jeder Dritte in rechtliche Beziehungen zur Gesellschaft, so daß sich seine Position als Gläubiger oder Schuldner nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis, sondern aus einem anderen Rechtsgrunde ergebe. Diese Beziehungen werden heute als Drittrechte bzw. Drittpflichten bezeichnet [6].

2. Die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung

Die Anhänger der Lehre der ungeteilten Mitberechtigung [7] vereinigen ebenfalls die Gesamthänder zu einer Gemeinschaft und halten sie in ihrer Zusammenfas-

1) O. von Gierke, aaO., S. 524.
2) Vgl. z.B. Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 79 zu § 705.
3) O. von Gierke, aaO., S. 530.
4) Vgl. z.B. Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 48 - 72 zu § 705.
5) O. von Gierke, aaO., S. 539.
6) Vgl. z.B. Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 47 zu § 705.
7) von Tuhr, Allgemeiner Teil, Bd. I, S. 80 f.; Binder, Bürgerliches Recht-Erbrecht, S. 83; Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, S. 1131; Planck-Lobe, Vorbem. II 3 vor § 705 unter Hinweis auf Planck-Strecker, Anm. 2c zu § 925; Düringer-Hachenburg-Geiler Bd. II, 1 Allgemeine Einleitung, Rdnr. 20 ff., insbes. Rdnr. 23; Staudinger-Geiler 10, Rdnr. 40 ff. vor § 705, insbes. Rdnr. 45; Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 42 ff. vor § 705; Schlegelberger-

sung für die Träger der Rechte und Pflichten. Und wie Otto v. Gierke [1] lehnen sie es ab, diese Gemeinschaft als juristische Person anzusehen. Nach ihrer Auffassung liegt der Unterschied zwischen beiden Gemeinschaftsformen vornehmlich darin, daß bei der juristischen Person die Mitglieder ausschließlich mit diesem künstlich geschaffenen Subjekt in Beziehungen stehen, wohingegen die Gesamthandgemeinschaft Rechtsbeziehungen der Mitglieder untereinander schafft [2]. Doch lehnen es die Vertreter dieser Theorie grundsätzlich ab, jedem Gesamthänder einen Anteil im Sinne einer quotenmäßigen Beteiligung am Vermögen oder auch nur an den Bestandteilen des Vermögens zuzubilligen. Sie sehen einen Gesamthänder nur zusammen mit den übrigen Mitberechtigten als zuständig an [3]. Der Anteil am Gesellschaftsvermögen bedeutet für sie daher die unmittelbare, ungeteilte Mitberechtigung jedes Gesellschafters an jedem Gegenstand des Sondervermögens [4]. Die Bezeichnung der Berechtigung eines jeden Teilhabers als Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen (§ 719 Abs. 1 BGB) ist nur ein Ausdruck für eine ihm zustehende eigenartige Mitberechtigung, die das Mitglied als Glied des Ganzen begreift.

Diese Auffassung von der Struktur der Gesamthandgemeinschaft legt auch Geiler seiner Einteilung der Mitgliedschaftsrechte und -pflichten zugrunde. Er sieht in der Gesellschaft ein Schuldverhältnis und zugleich eine organisierte Personengemeinschaft und leitet aus dieser sogenannten Doppelstruktur zwei verschiedene Arten von Beziehungen ab, die gemeinschaftsrechtlichen und die vermögensrechtlichen [5].

Fortsetzung der Fußnote 7 von Seite 12:
Geßler-Hefermehl, Rdnr. 28 und 34 zu § 105; Romberg, Gruchot Beitr. 53, 635 (654); Kaufmann, Eigentum am Gesellschaftsvermögen, S. 44 ff.; Saenger, Gemeinschaft und Rechtsteilung, S. 98 ff., der den Anteil als ein Mitgliedschaftsrecht von weitgehender rechtlicher Selbständigkeit bezeichnet, dessen Inhalt sich nach dem Gegenstande der jeweiligen Gemeinschaft richte, aaO., S. 109; RGZ 56, 206 (209); wohl auch Staub-Pinner, Anm. 28 zu § 105; HGB-RGRK-Weipert, Anm. 34 zu § 105.
In der Literatur zu den Personenhandelsgesellschaften tritt die Frage in den Vordergrund, ob diese Vereinigungen als juristische Personen anzusprechen sind. Zu dem Streit über die gedankliche Erfassung der mehrheitlichen Zuständigkeit wird dort nur selten Stellung genommen.

1) S. o. S. 11.
2) Vgl. die S. 12 Anm. 7 zitierten Autoren.
3) So etwa von Tuhr, aaO., S. 352, 358 f.; Binder, aaO. S. 84; Crome, System, Bd. I, S. 165 und Bd. II, S. 764 ff.; Planck-Lobe, Vorbem. II, 3 vor § 705.
4) Düringer-Hachenburg-Geiler, aaO., Rdnr. 23; Staudinger-Geiler, 10, Rdnr. 45 vor § 705; Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 43c vor § 705.
5) Düringer-Hachenburg-Geiler, aaO., Rdnr. 83.

Die gemeinschaftsrechtlichen Beziehungen umfassen nach Geilers Meinung Verwaltungs- und sonstige Gemeinschaftsrechte, die teils Gestaltungsrechte, teils Machtbefugnisse darstellen. Er kennzeichnet sie als Rechte des rechtlichen Könnens die nur ausgeübt, im allgemeinen aber nicht geltend gemacht würden. In Einzelfällen soll sich allerdings doch ein bestimmter Anspruch aus ihnen herleiten lassen. Geiler rechnet in diese Kategorie die Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht einschließlich des Widerspruchsrechts nach § 711 BGB, das Stimmrecht bei Gesellschaftsbeschlüssen, das Kündigungsrecht, das Recht auf Mitwirkung bei der Liquidation, das Informationsrecht nach § 716 BGB und andere. Sie alle sollen "Ausfluß der Sozialsphäre" sein [1].

Demgegenüber ist nach seiner Ansicht das wesentliche Merkmal der vermögensrechtlichen Beziehungen, daß sie auf seiten des Gesellschafters oder auch der Gesellschaft ein geldwertes Gut darstellen. Beziehungen dieser Art verbänden entweder die private Vermögenssphäre des einzelnen Gesellschafters mit dem Gesamthandvermögen oder auch mit der privaten Vermögenssphäre anderer einzelner Gesellschafter. Um diese sehr allgemeine Aussage zu präzisieren, unterscheidet Geiler weiter zwischen obligatorischen und sachenrechtlichen Beziehungen. Und zwar soll die sachenrechtliche Komponente die Beteiligung an dem durch die personenrechtliche Verbundenheit der Gesellschafter gebildeten Sondervermögen darstellen. Sie beziehe die Zuständigkeit der "Rechte der Gesellschaft" in das System der Mitgliedschaftsbestandteile ein [2]. Die obligatorischen Beziehungen dagegen umfaßten alle Ansprüche und Verpflichtungen der Gesellschafter bzw. der Gesellschaft aus dem Verhältnis zueinander. Bezeichne man die Ansprüche und Verpflichtungen eines Gesellschafters, die sein Privatvermögen beträfen, als Individualansprüche bzw. -verpflichtungen und diejenigen, die der Gesamtheit der Gesellschafter zuzurechnen seien, als Sozialansprüche bzw. -verpflichtungen [3], so ergäben sich die folgenden vier Gruppen [4]:

Zunächst einmal könnten Sozialansprüchen Individualverpflichtungen gegenüberstehen. Zu dieser Gruppe zählten beispielsweise Ansprüche auf Leistung der

---

1) Düringer-Hachenburg-Geiler, aaO., Rdnr. 90c; Staudinger-Geiler, 10, Rdnr. 52 zu § 705.

2) S. o. S. 13

3) Düringer-Hachenburg-Geiler, aaO., Rdnr. 83; Staudinger-Geiler, 10, Rdnr. 40 zu § 705.

4) Ursprünglich wollte Geiler aus den gesellschaftsrechtlichen Unterlassungsansprüchen eine fünfte Kategorie bilden. Diese Ansprüche sind aber in den folgenden vier Gruppen bereits enthalten. Denn diese umfassen jeweils auch solche Rechte, die auf ein Unterlassen gerichtet sind. Geiler hat diese fünfte Kategorie später darum wohl auch nicht mehr erwähnt (vgl. Staudinger-Geiler, 10, Rdnr. 39 ff. zu § 705).

Beiträge und auf Zahlung von Nachschüssen im Auseinandersetzungsverfahren. Der einzelne Gesellschafter schulde der Gesamtheit der Gesellschafter [1].

Bei einer zweiten Gruppe träfen Individualansprüche mit Sozialverpflichtungen zusammen. Das sei bei den Ansprüchen auf den Gewinnanteil und auf das Auseinandersetzungsguthaben der Fall. Im Gegensatz zur ersten Gruppe sollen sich diese Ansprüche nur gegen die übrigen Teilhaber richten [2].

Die dritte Gruppe setze sich zusammen aus Beziehungen, bei denen Anspruch und Verpflichtung in der Individualsphäre lägen. Solche Rechtsverhältnisse sollen sich zum Beispiel ergeben, wenn das Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung eines Individualanspruchs zwar nicht ausreicht, aus irgendwelchen Gründen der Gesellschafter-Gläubiger aber trotz § 707 BGB seine Mitgesellschafter in Anspruch nehmen darf. Weiterhin entstehen derartige Ansprüche nach Geilers Ansicht im Auseinandersetzungsverfahren, wenn Individualansprüche aus dem Gesellschaftsvermögen nicht befriedigt werden können, die Verhältnisse aber so leicht zu überblicken sind, daß ein besonderes Abrechnungsverfahren überflüssig erscheint [3].

Die vierte Gruppe endlich soll Fälle erfassen, in denen einem Individualanspruch eine Sozial- und zugleich Individualverpflichtung entspricht. Hier handelt es sich um sogenannte Drittrechte, die jedem Nichtgesellschafter in gleicher Weise zustehen können [4]. Soweit gesellschaftsrechtliche Besonderheiten in Frage kommen, sind sie nach Geilers Ansicht darauf zurückzuführen, daß der Berechtigte oder Verpflichtete Gesellschafter ist. Ihm stehe die Gesamtheit der Gesellschafter einschließlich seiner selbst gegenüber [5].

Dieses geschlossene System der Mitgliedschaftsrechte und -pflichten ist in jüngster Zeit von Keßler, der als Nachfolger Geilers die neueste Auflage von v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch bearbeitet hat, weiterentwickelt worden. Er weicht bei den obligatorischen Beziehungen von der Auffassung Geilers ab. Und zwar unterscheidet er hier Rechte bzw. Pflichten aus dem Innenverhältnis von solchen aus dem Außenverhältnis [6]. Zum Innenverhältnis zählt er Sozialansprüche, denen Individualverpflichtungen entsprechen [7], Sozialverpflichtungen, denen Individualansprüche gegenüberstehen [8], und auch Indivi-

---

1) Düringer-Hachenburg-Geiler, aaO., Rdnr. 84 f; Staudinger-Geiler, 10, Rdnr. 41 f. zu § 705.
2) Düringer-Hachenburg-Geiler, aaO., Rdnr. 87; Staudinger-Geiler, 10, Rdnr. 46.
3) Düringer-Hachenburg-Geiler, aaO., Rdnr. 89 f.; Staudinger-Geiler, 10, Rdnr. 48 f. zu § 705.
4) Düringer-Hachenburg-Geiler, aaO., Rdnr. 90a.
5) Düringer-Hachenburg-Geiler, aaO., Rdnr. 83; Staudinger-Geiler, 10, Rdnr. 40 zu § 705.
6) Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 46 f. zu § 705.
7) Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 49 ff. zu § 705.
8) Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 65 ff. zu § 705.

dualansprüche, die mit Individualverpflichtungen verknüpft sind [1]. Insoweit ergibt sich also keine Abweichung zu der Ansicht Geilers. Die sogenannten Drittrechte und Drittpflichten will Keßler dagegen dem Außenverhältnis zuordnen. Ihnen liegen nach seiner Meinung wie bei allen obligatorischen Beziehungen im Außenverhältnis außergesellschaftsrechtliche Tatbestände zugrunde [2]. Im übrigen teilt er die Beziehungen aus dem Außenverhältnis in folgende drei Gruppen ein: Die Gesamthand als Gläubigerin von Außenverpflichtungen [3], als Schuldnerin von Außenverpflichtungen [4] und die einzelnen Gesellschafter untereinander als Gläubiger bzw. Schuldner von Außenbeziehungen [5]. Damit sollen alle Rechte und Pflichten erfaßt sein, die das Mitgliedschaftsverhältnis in irgendeiner Weise berühren können.

Die übrigen Anhänger der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung haben derart umfassende Gliederungen nicht entwickelt. Soweit sie sich nicht lediglich auf eine Aufzählung der wichtigsten Mitgliedschaftsrechte und -pflichten beschränken, stimmen die von ihnen angeführten Kategorien jedoch mit denen Geilers und Keßlers überein [6]. Sachliche Unterschiede sollten durch diese weniger systematisierenden Darstellungen daher offensichtlich nicht zum Ausdruck gebracht werden. Es erübrigt sich infolgedessen, die Ansichten dieser Vertreter der ungeteilten Mitberechtigung im einzelnen anzuführen.

3. Die Auffassung Sieberts

Siebert hat den Inhalt der Mitgliedschaft speziell im Hinblick auf deren Vererbung untersucht und zu diesem Zweck eine ganz andere Gliederung vorgeschlagen [7]. Da er dabei offensichtlich von der mehrheitlichen Zuständigkeit ausgeht, ohne allerdings erkennen zu lassen, welcher der Gesamthandtheorien er folgen will [8], soll seine Ansicht im Anschluß an die der übrigen Anhänger dieser Zuständigkeitsform dargelegt werden.

---

1) Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 73 ff. zu § 705.
2) Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 47 zu § 705.
3) Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 76 zu § 705.
4) Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 77 zu § 705.
5) Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 78 zu § 705.
6) Fischer in BGB-RGRK, Rdnr. 4 vor § 705, Rdnr. 19 ff. zu § 705, Rdnr. 1 zu § 718 und Rdnr. 1 u. 6 zu § 719; Esser, Schuldrecht, S. 710, 724 ff., 729 f.; Schultze-v. Lasaulx in Soergel-Siebert, Rdnr. 19 ff. vor § 705; Rdnr. 21 ff. zu § 705, Rdnr. 2 ff. und 10 zu § 719; Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 175 I 3, § 176 II, § 177 I, § 179 II und allgemein zur Gesamthandberechtigung bzw. -verpflichtung § 89.
7) Siebert, GesVertr. und Erbr., S. 5 ff.
8) Siebert, aaO., S. 6.

Siebert unterscheidet bei der Mitgliedschaft in Personenhandelsgesellschaften zwischen der qualitativen Berechtigung der "eigentlichen Mitgliedschaft" und der quantitativen der "vermögensmäßigen Beteiligung" [1]. Die qualitative gesamthänderische Mitberechtigung umfasse als persönliche Mitgliedsstellung sowohl die Verwaltungsrechte als auch die Vermögensrechte und -pflichten. Als Beispiele zählt Siebert auf die Geschäftsführungs- und Vertretungsrechte, Stimmrechte und Kontrollrechte einerseits und die Rechte auf Gewinn, Entnahme und Aufwendungsersatz sowie die Tätigkeitspflicht, die Treuepflicht und die Einlagepflicht andererseits. Durch diese persönliche Mitgliedsstellung werde eine gesamthänderische Mitberechtigung des Gesellschafters an den Gegenständen des Gesellschaftsvermögens vermittelt, eine Mitverfügungsbefugnis als Mitgesamthänder, die auch bestehe, wenn der Gesellschafter nicht vermögensmäßig beteiligt sei. [2]

Der vermögensmäßigen Beteiligung, die im Kapitalanteil zum Ausdruck komme, will Siebert dagegen zunächst nur wirtschaftliche Bedeutung beimessen. Erst beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus der fortbestehenden Gesellschaft verwandele sie sich in einen schuldrechtlichen Abfindungsanspruch, während die Berechtigung als Mitgesamthänder den übrigen Gesellschaftern anwachse [3]. Dieser Auffassung schließen sich Holch [4] und Prasch [5] an.

III. DIE ANSICHTEN DER ANHÄNGER EINHEITLICHER ZUSTÄNDIGKEIT

Im Gegensatz zu den Vertretern der mehrheitlichen Zuständigkeit, die den Gesamthändern das Gesamthandvermögen unmittelbar zurechnen, stehen die hier zu einer Gruppe zusammengefaßten Autoren auf dem Standpunkt, daß entweder nur die Personenhandelsgesellschaften [6] oder aber alle Gesamthandgemeinschaften im Innen- und Außenverhältnis [7] Zurechnungssubjekte seien, den Mitgliedern

1) Siebert, aaO., S. 6.
2) Siebert, aaO., S. 6.
3) Siebert, aaO., S. 7.
4) Holch, Kann die Mitgliedschaft eines oHG-Gesellschafters in seinen Nachlaß und damit in die Verwaltung eines Testamentsvollstreckers fallen? S. 117 ff.
5) Prasch, Die unmittelbare Nachfolge der Erben in die Mitgliedschaft eines offenen Handelsgesellschafters, S. 19 ff.
6) Kohler in ZHR 74, 456 ff.; ders. in ArchBürgR 40, 229 ff.; Gareis, Das Deutsche Handelsrecht, S. 132; Gareis, Handelsgesetzbuch, Anm. 1 zu § 124.
7) Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, insbes. S. 139, 143, 158 ff.; Kattausch, Die Anteile der Miteigentümer und der Gesamthänder an den gemeinschaftlichen Sachen, S. 45, 70; Baumgarten, Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode, S. 43 ff.; Schönfeld in Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, II. Bd. S. 191 ff., insbes. S. 223 ff.; Blomeyer, Die außer-

das Gesamthandvermögen also nur mittelbar zustehe. Allerdings gehen die Begründungen weit auseinander. Und auch die Frage, ob die Gesamthandgemeinschaften als Zurechnungssubjekte voll rechtsfähig, also juristische Personen seien oder ihnen lediglich eine relative oder teilweise Rechtsfähigkeit zukomme, wird nicht übereinstimmend beantwortet [1]. Doch brauchen diese Probleme hier nicht erörtert zu werden. Denn jedenfalls sollen der Gemeinschaft als Zurechnungssubjekt nach der Auffassung der zitierten Autoren alle diejenigen Rechte und Pflichten zustehen, die bei mehrheitlicher Zuständigkeit den Gesamthändern in ihrer Verbundenheit zugeordnet werden würden [2]. Für das Außenverhältnis ergeben sich also insoweit keine Unterschiede. Nachstehend ist darzustellen, welche Meinungen die Anhänger der Einheitszuständigkeit im einzelnen für das Innenverhältnis vertreten. Doch sollen dabei nur diejenigen Autoren berücksichtigt werden, die diese Frage nicht lediglich beiläufig erwähnen.

Kohler, der die offene Handelsgesellschaft als juristische Person ansieht, teilt die Mitgliedschaftsrechte bei juristischen Personen in Organschaftsrechte und Wertrechte auf [3]. Als Kennzeichen der Organschaftsrechte sieht er an, daß der Berech-

---

Fortsetzung der Fußnote 7 von Seite 17:
positiven Grundlagen des Privateigentums, S. 67 f.; Buchda, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre, S. 249 ff., insbes. S. 288; Heinsheimer, Über die Teilhaberschaft, S. 16 f., 31, 118; wohl auch O. von Gierke in seinen späteren Schriften, vgl. etwa Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 661, 664; ders. in ArchBürgR 19, 114 ff., insbes. 117, 121 f. Daß von Gierke offenbar seine ursprüngliche Auffassung geändert hat, wird schon von Larenz (in IhJb 83, 148 f.), Fabricius (Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 18 und S. 132 Anm. 1) und Schönfeld (in AcP 143, 359) festgestellt.

H.J. Wolff, Organschaft und Juristische Person, Bd. I, S. 197 f. bezeichnet die Gesamthandgemeinschaften als nur vorläufige Zurechnungssubjekte.

1) Für Teilrechtsfähigkeit bzw. relative Rechtsfähigkeit treten ein: Kattausch, aaO., S. 72; Baumgarten, aaO., S. 43 ff.; Schönfeld, aaO., S. 225 f. Dagegen setzen offenbar folgende Autoren Zurechnungssubjekt und juristische Person gleich: Blomeyer, aaO., S. 67 f.; Kohler in den S. 17 Anm. 6 aufgeführten Schriften. Fabricius hält zwar die Gesamthandgemeinschaften für teilrechtsfähig, will aber den Personenhandelsgesellschaften eine Doppelstellung einräumen. Sie sollen sowohl Gesamthand als auch juristische Person sein (vgl. Fabricius, aaO., S. 163). Heinsheimer schließlich will überall dort ein Rechtssubjekt annehmen, wo ein einheitliches Gebilde mit Selbstzweck vorhanden ist. Die verschiedenen Gemeinschaften unterscheiden sich nach seiner Meinung nur durch den Umfang der Rechtsfähigkeit (aaO., S. 30).

2) Vgl. die auf S. 17 in Anm. 6 + 7 angeführten Fundstellen.

3) Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, S. 338 ff.

tigte als Organ der juristischen Person bei der Willensbildung, bei der Erklärung dieses Willens und auch bei der Ausübung der Rechte der juristischen Person mitwirke [1]. Die Wertrechte hingegen sollen sich dadurch auszeichnen, daß sie ihrem Inhaber die Möglichkeit geben, aus einem Vermögensgute "bestimmte Werte herauszuholen" [2]. Hier führt er als Beispiel an das Recht auf Gewinnbeteiligung, den künftigen Anspruch auf Beteiligung am Kapitalvermögen und schließlich Rechte auf Benutzung von Anlagen eines Vereins [3]. Das entspricht der Einteilung der heute herrschenden Meinung, die zu den Organschafts- oder Mitverwaltungsrechten der Mitglieder juristischer Personen die Rechte auf Teilnahme an der Verwaltung, zu deren Wert- oder Vermögensrechten die Rechte auf individuelle Vorteile zählt [4].

Neben Kohler hat sich noch Heinsheimer eingehender mit der Mitgliedschaft befaßt. Er zählt die Gesamthandgemeinschaften als Subjekte zu den privatrechtlichen Verbänden mit eigenem juristischen, nicht psychologischen Willen und eigenem Vermögen [5] und mißt ihnen rein geistige Realität bei [6]. Aus den Beziehungen der Personenmehrheit als Rechtssubjekt zu den Mitgliedern ergäben sich subjektive Rechte, die sich entweder auf den Willen oder auf das Vermögen bezögen [7]. Dementsprechend unterscheidet Heinsheimer Willensrechte, auch Mitverwaltungsrechte genannt, und Vermögensrechte. Die Mitverwaltungsrechte sollen unmittelbar aus der Gliedstellung folgen und untrennbar mit ihr verbunden sein [8]. Die Vermögensrechte hingegen bilden nach seiner Meinung eine Art von Gegenwert für die Widmung eigenen Vermögens für die Zwecke des Verbandes [9].

Heinsheimer zählt dann im Rahmen der Darstellung der Teilhaberschaft bei der offenen Handelsgesellschaft diejenigen Rechte auf, die er zu den Mitverwaltungsrechten rechnen will. Das sind beispielsweise das Stimmrecht bei Gesellschaftsbeschlüssen (§ 116 Abs. 2 HGB), das Geschäftsführungs- und das Wider-

1) Kohler, aaO., S. 339.
2) Kohler, aaO., S. 341.
3) Kohler, aaO., S. 341, 343.
4) Vgl. Staudinger-Coing, Rdnr. 3 zu § 35; Planck-Knoke, Anm. 3 zu § 35; Staub-Pinner, Rdnr. 1 zu § 250; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, Rdnr. 4 zu § 179; Wieland, Handelsrecht, Bd. I, S. 184 ff.; A. Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 158 f.; Kohler, aaO., S. 338 ff.; H. Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, § 60 IV 2 aεαα; H. Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 189; wohl auch Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 112 III.
5) Heinsheimer, aaO., S. 17.
6) Heinsheimer, aaO., S. 20.
7) Heinsheimer, aaO., S. 21.
8) Heinsheimer, aaO., S. 22.
9) Heinsheimer, aaO., S. 23.

spruchsrecht gegen Akte der Geschäftsführung (§§ 114, 115 Abs. 1 S. 2 HGB), das Vertretungsrecht (§ 125 HGB), das Kündigungsrecht (§ 131 Nr. 6 HGB), das Recht der Liquidatorentätigkeit (§ 146 Abs. 1 S. 1 HGB) usw. [1]. Ihr Kennzeichen sieht er darin, daß es sich um Gestaltungsrechte und Machtbefugnisse handle, die nur ausgeübt, aber nicht geltend gemacht werden könnten [2]. Insbesondere seien sie keine Vermögensrechte, seien unveräußerlich und unvererblich [3].

In die Gruppe der Vermögensrechte will Heinsheimer dagegen einordnen das Recht auf Beiträge, auf Nachschüsse im Liquidationsverfahren (§§ 705, 735 BGB in Verbindung mit § 105 Abs. 2 HGB) und das Recht auf Unterlassung der Konkurrenz und auf Schadenersatz wegen seiner Verletzung (§ 113 HGB). Im Unterschied zu diesen gesellschaftlichen Vermögensrechten sollen Rechte der einzelnen Gesellschafter sein das Recht auf Ersatz der Aufwendungen (§ 110 HGB), das Informationsrecht (§ 118 HGB) und vor allem die Ansprüche auf den Gewinn (§ 122 HGB) und auf das Auseinandersetzungsguthaben (§ 155 HGB). Nach Heinsheimers Darstellung entsprechen den gesellschaftlichen Vermögensrechten jeweils Verbindlichkeiten der einzelnen Gesellschafter.

Bei den Rechten jedes Teilhabers unterscheidet er dagegen vier Gruppen, die er wie folgt kennzeichnet: Für den Gewinnanspruch und den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben als die erste Gruppe hafte das Gesellschaftsvermögen. Bei der zweiten Gruppe, die Ansprüche auf Ersatz von Aufwendungen gleich welcher Art umfasse, hafte das Gesellschaftsvermögen für den ganzen Betrag, abzüglich des Verlustanteils des berechtigten Teilhabers. Daneben hafte das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter jeweils anteilig. Für ein Fremdrecht, also einen Anspruch, der einem Drittverhältnis entspringe und den er der dritten Kategorie zurechnet, könne das Gesellschaftsvermögen voll herangezogen werden. Aus dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter dürfe der berechtigte Gesellschafter aber nur insoweit Befriedigung suchen, als er im Innenverhältnis nicht selbst den Verlust zu tragen habe. Die Ansprüche einzelner Gesellschafter, die sich allein gegen das Privatvermögen anderer einzelner Gesellschafter richteten, zählt er schließlich zur vierten Gruppe [4]. Alle diese gesellschaftlichen Vermögensrechte hält er für obligatorische Ansprüche, die ein Tun wie ein Unterlassen beträfen [5]. Sie alle seien den Verfügungen der Gesellschafter unterworfen [6].

Um Mißverständnissen vorzubeugen, geht Heinsheimer auch noch auf den sogenannten Anteil am Gesellschaftsvermögen ein. Da nach seiner Auffassung aus-

---

1) Heinsheimer, aaO., S. 45.
2) Heinsheimer, aaO., S. 51.
3) Heinsheimer, aaO., S. 52.
4) Heinsheimer, aaO., S. 46 ff.
5) Heinsheimer, aaO., S. 53.
6) Heinsheimer, aaO., S. 54.

schließlich die Gesellschaft Subjekt des Gesellschaftsvermögens ist, [1] hält er die Bezeichnung des Anteils eines Gesellschafters als Quote für unzutreffend. Der Anteil sei nichts anderes als die auf das Vermögen gerichtete Seite der Teilhaberschaft und bilde daher lediglich eine Beteiligungsziffer am Wert des Gesellschaftsvermögens [2].

IV. DIE THEORIE DER KOMBINIERTEN ZUSTÄNDIGKEITEN

Wieland hat sich die Aufgabe gestellt, das allen Handelsgesellschaften Gemeinsame herauszuarbeiten, um den Gegensatz zwischen den juristischen Personen und den Rechtsgemeinschaften, den er als künstlich empfindet, zu überbrükken [3]. Zu diesem Zweck vergleicht er die einzelnen Handelsgesellschaften und glaubt dabei drei Übereinstimmungen feststellen zu können. Einerseits seien alle Handelsgesellschaften auf einen Vertrag gegründet und deswegen Gesellschaften. Andererseits seien sie Gemeinschaften zur gesamten Hand, weil das Vermögen den Mitgliedern gemeinschaftlich zustehe. Und schließlich will er sie als juristische Personen ansehen, weil sie im Außenverhältnis weitgehend wie selbständige Rechtsträger behandelt würden [4]. Das gemeinsame Eigentum beispielsweise wirke Nichtgesellschaftern gegenüber wie Eigentum der Gesellschaft, im Innenverhältnis dagegen sei es unvollständig und bedürfe näherer Regelung durch das Gesetz oder den Gesellschaftsvertrag [5]. Wieland kombiniert also die einheitliche Zuständigkeit im Außenverhältnis mit der mehrheitlichen im Innenverhältnis. Daraus leitet er den Gegensatz ab zwischen dem als Sachanteil bezeichneten, nach außen wirksamen "Gehören" an den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens und dem Wertanteil als dem Inbegriff der Rechte des Mitgliedes gegen die anderen Beteiligten [6].

Diesen Wertanteil teilt Wieland in zwei Sphären auf. Rechten, die der "Sondersphäre" der Gesellschafter angehörten und die diese im eigenen Interesse geltend machten, wie beispielsweise die Ansprüche auf den Liquidationserlös, auf den Gewinn und auf Ersatz von Verwendungen, stellt er solche gegenüber, die in den Bereich der "Gesamtsphäre" fielen und die der Gesellschafter nur gemeinsam mit den übrigen und für die Gesellschaft ausübe, wie etwa die Geschäftsführungsbefugnis und die Vertretungsmacht, die Mitwirkungsbefugnis bei Gesellschaftsbeschlüssen und andere Rechte [7].

---

1) Heinsheimer, aaO., S. 31.
2) Heinsheimer, aaO., S. 28 ff.
3) Wieland, Handelsrecht, I. Bd., S. 396 ff., insbes. S. 402.
4) Wieland, aaO., S. 425.
5) Wieland, aaO., S. 605.
6) Wieland, aaO., S. 607.
7) Wieland, aaO., S. 611.

V. WEITERENTWICKLUNG

1. Analyse und Kritik der dargestellten Auffassungen

a) Vorbemerkung

Der kurze Überblick über die in der Literatur vertretenen Meinungen zum Inhalt und zur Struktur der Mitgliedschaft in Personenhandelsgesellschaften zeigt, wie unterschiedlich die Vorstellungen sind, die man mit dem Begriff der Mitgliedschaft verbindet. Einerseits sind sich die Autoren offenbar nicht einig, ob wirklich alle aufgeführten Rechte und Pflichten zur Teilhaberschaft gehören. Andererseits vermißt man den Nachweis, daß tatsächlich alle denkbaren Bestandteile der Mitgliedschaft in der jeweils angenommenen Gliederung enthalten sind [1]. Hier muß zunächst einmal Klarheit geschaffen werden. Ein Vergleich der voneinander abweichenden Einteilungssysteme wird deren Unterschiede sichtbar machen und es gestatten, etwaige Irrtümer zu beseitigen. Darüber hinaus soll eine Analyse der Einteilungsmerkmale Rückschlüsse auf den Grad der Vollständigkeit ermöglichen, mit dem diese Systeme die denkbaren Mitgliedschaftsrechte und -pflichten erfassen. Erst wenn beide Fragen beantwortet sind, ist ein Urteil über die Brauchbarkeit der dargestellten Gliederungen möglich.

b) Vergleich der verschiedenen Einteilungssysteme

aa) Die Analyse soll bei den Einteilungsschemata der Anhänger mehrheitlicher Zuständigkeit beginnen. Wie oben gezeigt, legt Keßler im Anschluß an Geiler drei große Gruppen zugrunde: die Verwaltungsrechte, die die prinzipiell gemeinschaftliche Ausübung der Rechte sowie die Begründung von Rechten und Pflichten für die Gemeinschaft ermöglichen, die als sachenrechtlich bezeichnete unmittelbare Beteiligung an den Gegenständen des Sondervermögens und die obligatorischen Rechte und Pflichten, die sich im Verhältnis der Gesamthänder zueinander und zu Dritten ergeben [2]. Die zuletzt genannte Gruppe bedarf bereits einer Einschränkung. Keßler unterscheidet zwar zwischen obligatorischen Rechten und Pflichten im Innen- und im Außenverhältnis, also zwischen Ansprüchen und Verpflichtungen, die dem Gemeinschaftsverhältnis entstammen, und solchen, die ihren Ursprung in einem anderen Rechtsgrund haben. Seinen Ausführungen läßt sich aber nicht eindeutig entnehmen, daß nur die Rechte und Pflichten aus dem Innenverhältnis zur Mitglied-

---

1) In diese Richtung zielt auch der Einwand Müller-Erzbachs, die Einteilung Kohlers sei nicht von einem einheitlichen Gesichtspunkt aus vorgenommen (Müller-Erzbach, Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, S. 208 ff.).

2) S. o. S. 13 ff.

schaft gehören [1] [2]. Schon Geiler hat darauf hingewiesen, daß die gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten, die für diese Kategorie Geltung hätten, Ausfluß der Gesellschafterstellung, aber nicht notwendiger Inhalt der im Außenverhältnis begründeten Rechte und Pflichten seien 3). Drittrechte und -pflichten können infolgedessen als Bestandteile der Mitgliedschaft nicht anerkannt werden. Nur die Individualrechte, denen Sozialverpflichtungen gegenüberstehen, die Sozialrechte, denen Individualverpflichtungen entsprechen, und die Individualrechte, die sich gegen Gesellschafter als Individualverpflichtete richten [4], entstammen dem Gemeinschaftsverhältnis. Nur diese Ansprüche sind daher Mitgliedschaftsrechte.

Stellt man dieser Gliederung das Schema Otto von Gierkes gegenüber, so ergeben sich in zwei Punkten Abweichungen. von Gierke unterscheidet nämlich nur Mitverwaltungsrechte, schuldrechtliche Vermögensbeziehungen im Innenverhältnis zwischen Gesamthändern und "Gesamthand" und die als Bestandteil der Mitgliedschaft bereits abgelehnten Drittrechte und -pflichten [5]. Es fehlen also die Individualrechte, denen Individualverpflichtungen entsprechen, und jene sachenrechtlichen Beziehungen, die die unmittelbare Beteiligung an den Gegenständen des Sondervermögens bezeichnen sollen. Hierauf ist später zurückzukommen.

Die Einteilung Sieberts [6] läßt sich mit denen der anderen Vertreter mehrheitlicher Zuständigkeit nur bedingt vergleichen. Übereinstimmung besteht insofern als die persönliche Mitgliedsstellung die Mitverwaltungsrechte sowie die obligatorischen Vermögensrechte und -pflichten umfaßt. Auch dürfte die durch die persönliche Mitgliedsstellung vermittelte gesamthänderische Mitberechtigung den sachenrechtlichen Beziehungen zum Gesamthandvermögen im Sinne Geilers und Keßlers [7] gleichzustellen sein. In dieser abweichenden Terminologie kommt also kein sachlicher Unterschied zum Ausdruck. Dagegen wird der Kapitalanteil, der im Gegensatz zu den bisher angeführten qualitativen Bestandteilen die quantitative Berechtigung bezeichnen soll, von den übri-

1) So auch A. Hueck, OHG, S. 186 zu Anm. 2.

2) Keßler spricht einerseits davon, daß im Verhältnis der Gesellschafter untereinander die Gesellschaft Rechtsbeziehungen erzeuge, zu denen er auch obligatorische Beziehungen im Außenverhältnis zählt (Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 43, 47 zu § 705), meint aber andererseits, den Beziehungen im Außenverhältnis lägen außergesellschaftsrechtliche Tatbestände zugrunde.

3) Düringer-Hachenburg-Geiler, Bd. II 1, Allgemeine Einleitung, Rdnr. 83.

4) S. o. S. 15.

5) S. o. S. 11 ff.

6) S. o. S. 16 f.

7) S. o. S. 13.

gen Anhängern mehrheitlicher Zuständigkeit nicht erwähnt. Er ist für sie aber auch entbehrlich; denn er entstammt wirtschaftlicher Betrachtungsweise, wie Siebert ausdrücklich feststellt. Damit soll nicht bestritten werden, daß Gesichtspunkte der Quantität bei der Vererbung der Mitgliedschaft eine Rolle spielen. Schon die Berechnung der Anteile der Erben nach Quoten läßt das erkennen. Die Antwort auf die Frage, ob und wie die Erben Gesellschafter werden, erfordert aber eine rechtliche Beurteilung. Und nichts anderes gilt für die Ermittlung der Struktur der Mitgliedschaft. Sieberts Gliederung ist im Hinblick auf das Ziel der Untersuchung, Inhalt und rechtliche Struktur der Mitgliedschaft herauszuarbeiten, daher nur soweit interessant, wie er qualitative Merkmale zugrundelegt. Dort aber begnügt er sich mit der herkömmlichen Einteilung der Vertreter der ungeteilten Mitberechtigung. Seine Ansicht kann daher im Rahmen dieser Untersuchung außer Betracht bleiben.

bb) Die Anhänger der einheitlichen Zuständigkeit, Kohler und Heinsheimer, unterscheiden wie die Vertreter der mehrheitlichen Zuständigkeit Mitverwaltungs- bzw. Organschaftsrechte und Vermögens- oder Wertrechte [1]. Und Heinsheimer unterteilt die letzteren weiter in gesellschaftliche Vermögensrechte, die den Sozialansprüchen gleichzuachten sind, und Rechte der einzelnen Gesellschafter, die sämtliche Individualansprüche umfassen sollen, mögen ihnen Sozial- oder Individualverpflichtungen aus dem Innenverhältnis gegenüberstehen oder Verpflichtungen aus dem Außenverhältnis [2]. Seine Gliederung stimmt also auch insoweit mit der Keßlers überein. Sie enthält sogar die fälschlich zur Mitgliedschaft gerechneten Drittrechte und muß daher aus den erwähnten Gründen [3] gleichfalls berichtigt werden. Im Gegensatz zu der Einteilung Keßlers, dafür aber in Übereinstimmung mit dem Schema von Gierkes, fehlt bei den Vertretern der Einheitszuständigkeit aber jeglicher Hinweis auf die sogenannte unmittelbare sachenrechtliche Beteiligung am Sondervermögen bzw. an dessen Gegenständen. Sie fehlt bei ihnen aber mit Recht. Denn die Theorien der Einheitszuständigkeit begreifen die Gesamthandgemeinschaft als Zurechnungssubjekt und ordnen diesem die Rechte und Pflichten der Gemeinschaft unmittelbar und ausschließlich zu. Die Mitglieder sind nur mittelbar beteiligt [4]. Für jene unmittelbare sachenrechtliche Beteiligung, die lediglich die unmittelbare Zuständigkeit der Mitglieder am Gesamthandvermögen zum Ausdruck bringen soll, ist hier kein Raum.

Dem scheint die Einteilung von Gierkes, der doch als Anhänger der mehrheitlichen Zuständigkeit gilt, zu widersprechen. Fehlt doch auch bei ihm ein derartiger Bestandteil der Mitgliedschaft. Gerade in dieser Abweichung kommt aber zum Aus-

1) S. o. S. 18 ff.
2) S. o. S. 20.
3) S. o. S. 22 f.
4) S. o. S. 17 f.

druck, in welchem Ausmaß von Gierke schon in seiner Genossenschaftstheorie bei der gedanklichen Erfassung der Gesamthand die Methode der Einheitszuständigkeit zugrundegelegt hat. Nicht zuletzt deswegen ist seine Lehre immer umstritten gewesen [1]. Es erscheint daher zweckmäßig, für die weitere Untersuchung von Keßlers Version als maßgeblicher Ansicht der Anhänger mehrheitlicher Zuständigkeit auszugehen, zumal sie der herrschenden Meinung entspricht. [2]

cc) Unterscheiden sich die Einteilungssysteme der Vertreter einheitlicher und mehrheitlicher Zuständigkeit folglich nur dadurch, daß sie je nach dem theoretischen Ausgangspunkt eine unmittelbare Beteiligung am Gesamthandvermögen und dessen Gegenständen ablehnen oder annehmen, so sind auch von einem Vergleich mit Wielands Lehre, die beide Zuständigkeiten kombiniert, keine wesentlich abweichenden Ergebnisse zu erwarten. Die von ihm im sogenannten Wertanteil zusammengefaßten Gruppen von Mitgliedschaftsrechten 3) entsprechen denn auch den Vermögens- und Mitverwaltungsrechten der Anhänger mehrheitlicher Zuständigkeit. Und der Sachanteil als unmittelbare Mitberechtigung an den Gegenständen des Gesellschaftsvermögens [4] stimmt überein mit der sachenrechtlichen Komponente der Vermögensrechte im Sinne Geilers und Keßlers [5]. Beachtet man, daß Wieland die Handelsgesellschaften nur im Außenverhältnis als juristische Personen ansieht, sie im Innenverhältnis aber als Gesamthandgemeinschaften der mehrheitlichen Zuständigkeit unterstellt [6], so fehlt für das Innenverhältnis und damit im Hinblick auf die Mitgliedschaft jeder Unterschied zu der Auffassung, die von den Anhängern der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung vertreten wird. Für die Struktur der Mitgliedschaft hat seine Lehre daher keine selbständige Bedeutung.

Als Ergebnis dieser Gegenüberstellung der einzelnen Ansichten ist daher festzuhalten, daß die Vertreter der einheitlichen und mehrheitlichen Zuständigkeit übereinstimmend Mitverwaltungs- bzw. Organschaftsrechte und Vermögens- bzw. Wertrechte und -pflichten unterscheiden. Nur hinsichtlich der unmittelbaren Mitberechtigung weichen beide Lehren voneinander ab. Der Grund hierfür liegt in der verschiedenen gedanklichen Erfassung der Gesamthandgemeinschaften.

dd) Mit diesem Resultat darf man sich aber noch nicht zufriedengeben. Schon die Tatsache, daß alle Gliederungen fälschlich die Drittrechte zur Mitgliedschaft

---

1) Vgl. hierzu auch Larenz, IhJb 83, 148 f.; Kattausch, Die Anteile der Miteigentümer und der Gesamthänder an den gemeinschaftlichen Sachen, S. 72; Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 132 Anm. 1.

2) S. o. S. 12 ff., insbes. S. 16, Anm. 6.

3) S. o. S. 21.

4) S. o. S. 21.

5) S. o. S. 14.

6) S. o. S. 21 f.

zählen, zeigt, wie wenig beweiskräftig die Übereinstimmung der Meinungen ist. Mit Hilfe der Gliederung der Mitgliedschaftsrechte und -pflichten bei anderen Gemeinschaften soll das vorläufige Ergebnis darum überprüft werden. Derartige Einteilungen finden sich nur noch bei den juristischen Personen. Neben den allgemein anerkannten Herrschafts-, Mitverwaltungs- oder Organschaftsrechten und den Vermögens- oder Wertrechten [1] werden hier Sonderrechte und sogenannte Schutzrechte erwähnt. Auf die Sonderrechte (§ 35 BGB) ist in diesem Zusammenhang nicht weiter einzugehen. Sie dienen der Unterscheidung von entziehbaren und unentziehbaren Rechten [2], eignen sich aber wegen dieser einseitigen Zielsetzung nicht als Grundlage für eine Einteilung der Mitgliedschaftsrechte und -pflichten nach strukturellen Merkmalen. Doch könnten die Schutzrechte, die nach Ansicht einzelner Autoren neben den Organschafts- und Wertrechten eine dritte Gruppe von Mitgliedschaftsrechten bilden [3], auch für die Gesamthandgemeinschaften Bedeutung haben.

Schutzrechte stehen nach Coings Ansicht [4] dem einzelnen Mitglied zu und ergeben sich daraus, daß die Vereinsorgane durch bestimmte Grundsätze, die für jede von der Rechtsordnung anerkannte Gemeinschaft gelten, in ihrer Macht über das einzelne Mitglied gebunden sind. Coing nennt als Beispiele das Recht auf Gleichbehandlung, das Recht auf Beachtung des Vereinszwecks, das v. Gierkes "Recht auf Achtung der verbandsfreien Sphäre" [5] entsprechen soll, das Recht auf Gehör im Falle eines Straf- oder Ausschlußverfahrens und das Recht auf freien Austritt. Dem wollen sich offenbar auch andere Autoren anschließen [6].

Hier wird jedoch übersehen, daß ein subjektives Recht nur da anzuerkennen ist, "wo der Willensmacht der Subjekte in freier Betätigung rechtliche Erheblichkeit verliehen ist" [7]. Dergleichen ist bei den angeführten Beispielen aber nicht erkenn-

1) Planck-Knoke, Anm. 3 zu § 35; H. Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, § 60 IV 2 [illegible]; H. Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 189; A. Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 158 f.; Wieland, Handelsrecht, Bd. I, S. 184 ff.; Staub-Pinner, Rdnr. 1 zu § 250; Kohler, s. o. S. 18 f.; wohl auch Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 112 III.

2) Vgl. dazu Staudinger-Coing, Rdnr. 5 ff. zu § 35.

3) Staudinger-Coing, Rdnr. 3 zu § 35; Siebert in Soergel-Siebert, Rdnr. 27 zu § 35.

4) Staudinger-Coing, aaO.

5) O. von Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 296.

6) Soergel-Siebert, Rdnr. 27 zu § 35. Auch sonst sprechen einzelne Autoren in diesem Zusammenhang von Rechten, insbes. von einem Recht auf gleichmäßige Behandlung. So etwa Enneccerus-Nipperdey, aaO., § 112 IV 2 b; ähnlich Denecke in BGB-RGRK, Rdnr. 2 zu § 35, anders aber Rdnr. 3 zu § 38. Offenbar wollen auch sie hier subjektive Rechte anerkennen.

7) Heinsheimer, Über die Teilhaberschaft, S. 36.f.

bar. Darüber hinaus bedarf es auch gar keiner besonderen subjektiven Rechte, um die von Coing beabsichtigte Wirkung zu erzielen. Wird dem Mitglied in einem Straf- oder Ausschlußverfahren das rechtliche Gehör verweigert, so ist das Verfahren rechtswidrig, und die Strafe oder der Ausschluß ist unwirksam oder doch anfechtbar. Die Notwendigkeit der Beachtung des Vereinszwecks folgt bereits aus der Beschränkung der Vereinsmacht durch das objektive Recht [1]. Austrittserklärungen eines Mitglieds sind Gestaltungsgeschäfte und wirken gegenüber dem Verband, ohne daß dieser die Wirkung hindern könnte. Und der Gleichbehandlungsgrundsatz beeinflußt die Rechte und Pflichten der Mitglieder nur mittelbar, indem er auf deren Inhalt so einwirkt, daß alle Mitglieder im Ergebnis gleichgestellt werden [2], wobei Unterschiede, die sachlich begründet sind, berücksichtigt werden. Als objektiver Rechtssatz geht der Gleichbehandlungsgrundsatz in die Gemeinschaftsnormen ein, so daß es eines besonderen subjektiven Rechts auf Gleichbehandlung gar nicht bedarf. Entweder können die Schutzrechte also den gewünschten Erfolg gar nicht erzielen, oder die von Coing für schützenswert befundenen Interessen sind bereits als Wert- oder Organschaftsrechte hinreichend berücksichtigt. Aus den angeführten Beispielen lassen sich mithin entgegen Coings Ansicht keine subjektiven Rechte ableiten. Eine besondere Kategorie der Schutzrechte ist daher abzulehnen.

Damit sind die Möglichkeiten, durch Vergleich der verschiedenen Ansichten die Bestandteile der Mitgliedschaft herauszuarbeiten, erschöpft. In den folgenden Ausführungen wird es nun darum gehen festzustellen, welche Merkmale die Organschafts- und Wertrechte auszeichnen. Erst wenn auch insoweit Klarheit besteht, wird es möglich sein zu beurteilen, ob die Vertreter der beiden Zuständigkeitsformen alle denkbaren Rechte und Pflichten erfaßt haben.

c) Analyse und Kritik der Einteilungsmerkmale

aa) Es liegt nahe, die verschiedenen Mitgliedschaftsrechte nach ihrem Zweck zu unterscheiden. Diesem Versuch verdanken die Gruppen der Organschaftsrechte und wohl auch der Wertrechte und -pflichten ihre Benennung. Es läßt sich aber ohne Schwierigkeiten erkennen, daß diese Bezeichnungen nicht nur viel zu allgemein sind, um eine klare Trennung zu gestatten, sie bilden offenbar auch keinen wirklichen Gegensatz, wie der Streit um die Einordnung des Informationsrechts

1) Müller-Erzbach, Das private Recht der Mitgliedschaft, S. 209.
2) G. Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, S. 275 f.

zeigt [1]. In diesem Sinne wird man auch die Kritik Müller-Erzbachs zu verstehen haben, daß die Einteilung "nicht von einem einheitlichen Gesichtspunkt aus vorgenommen" sei [2]. Die Gegenüberstellung von Wert- und Organschaftsrechten ist daher als Grundlage für eine Gliederung, die alle Mitgliedschaftsrechte umfassen soll, nicht geeignet.

bb) Müller-Erzbach [3] hat darum vorgeschlagen, gemeinnützige und selbstnützige mitgliedschaftliche Rechte zu unterscheiden. Und zwar sollen die gemeinnützigen Rechte den Mitverwaltungsrechten entsprechen. Versucht man, diese für juristische Personen entworfene Einteilung auf Gesamthandgemeinschaften zu übertragen, ergeben sich jedoch Schwierigkeiten. Ein Mitverwaltungsrecht wie das Kündigungsrecht beispielsweise müßte nämlich als gemeinnützig angesehen werden. Ein Gesamthänder dürfte also nur im Interesse der Gemeinschaft kündigen. Schon dieses Beispiel zeigt, daß sich die von Müller-Erzbach vorgeschlagenen Gliederungsmerkmale in dieser Form nicht für Gesamthandgemeinschaften verwerten lassen.

cc) Von einer ähnlichen Unterscheidung geht A. Hueck [4] aus. Er stellt die sogenannten Pflichtrechte, die dem Interesse der Gesellschaft dienen und darum zugleich eine Pflicht enthalten sollen, den eigennützigen Gesellschafterrechten gegenüber [5]. Im Gegensatz zu Müller-Erzbach erkennt er aber, daß diese Einteilung sich nicht mit der in Vermögens- und Mitverwaltungsrechte deckt. Das dürfte auch der Grund sein, warum dieser Gedanke nicht weiter verfolgt worden ist, obgleich der Gegensatz von fremdnützigen Pflichtrechten und eigennützigen Gesellschafterrechten durchaus geeignet erscheint, alle Mitgliedschaftsrechte zu erfassen. Auf das Verhältnis beider Gliederungen ist im Zusammenhang mit der Kritik an den Einteilungsmerkmalen der herrschenden Meinung zurückzukommen [6].

dd) Um einerseits an der herkömmlichen Unterteilung in Vermögens- und Mitverwaltungsrechte festhalten zu können, andererseits aber doch zu einer eindeutigen Gliederung zu kommen, hat man schließlich versucht, mehr formale Gesichtspunk-

---

1) Als Vermögensrecht wird es angesehen von Heinsheimer, Über die Teilhaberschaft, S. 55; für seinen Charakter als Mitverwaltungsrecht treten ein: Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 79 zu § 705; Fischer in BGB-RGRK, Rdnr. 22 zu § 705; Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 178 II 1; wohl auch Esser, Schuldrecht, S. 728.

2) Müller-Erzbach, Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, S. 208.

3) Müller-Erzbach, aaO., S. 209 ff.

4) A. Hueck in Festschrift für Rudolf Hübner zum siebzigsten Geburtstag, S. 72 ff.

5) A. Hueck, aaO., S. 81.

6) S. u. S. 32 f.

te als Einteilungsmerkmale heranzuziehen. So soll die Kategorie der Wert- bzw. Vermögensrechte und -pflichten die Ansprüche der einzelnen Gesamthänder gegen die "Gesamthandgemeinschaft" [1] und umgekehrt sowie Ansprüche eines Gesamthänders gegen einen anderen umfassen [2]. Und nach einer verbreiteten Formulierung sind die Mitverwaltungs- bzw. Organschaftsrechte "teils Gestaltungsrechte, teils Machtbefugnisse, die ... nur ausgeübt, aber im allgemeinen nicht geltend gemacht werden, es sei denn, daß sie im Einzelfall doch zu einem bestimmten Anspruch führen" [3] [4]. Die Mitgliedschaftsrechte gliedern sich somit in Ansprüche (Wertrechte), Gestaltungsrechte und Machtbefugnisse (Mitverwaltungsrechte) und in die sogenannte "unmittelbare sachenrechtliche Beteiligung" der Anhänger mehrheitlicher Zuständigkeit.

Diese Gliederung zeigt, daß bei einer Einteilung der Mitgliedschaftsrechte nach der Natur der in ihnen liegenden Rechtsmacht [5] die Mitverwaltungsrechte keine einheitliche Gruppe bilden. Und ähnliches gilt für die unmittelbare sachenrechtliche Beteiligung, die Mitberechtigungen an Ansprüchen, Gestaltungsrechten, Herrschaftsrechten und Machtbefugnissen zusammenfaßt. Daraus ergibt sich die Frage, ob diese beiden Gruppen von Rechten nicht zweckmäßigerweise aufgegliedert werden sollten.

ee) Für die Mitverwaltungsrechte wäre eine solche Aufteilung nur dann sinnvoll, wenn sich Gestaltungsrechte und Machtbefugnisse eindeutig unterscheiden ließen. Um diese Frage entscheiden zu können, ist zunächst einmal die Gruppe der Machtbefugnisse zu untersuchen.

Begreift man das subjektive Recht als Zuständigkeit des Berechtigten, sich dem Inhalt des Rechts entsprechend verhalten und dadurch bestimmte Rechtsfolgen hervorrufen zu können [6], so lassen sich die Ansprüche, Gestaltungs- und Herrschaftsrechte als primäre Zuständigkeiten bezeichnen. Hierin kommt zum Ausdruck, daß die vom objektiven Recht gewährte Rechtsmacht dem Berechtigten in seinem eigenen Interesse gewährt wird. Von diesen Rechten zu unterscheiden sind die abgeleiteten, sekundären Zuständigkeiten [7], die nicht primär zuständigen

---

1) Mit dieser vereinfachenden Formulierung soll nur ausgedrückt werden, daß die Leistung aus dem Gesamthandvermögen zu erbringen ist.

2) Siehe beispielsweise die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung, oben S. 14 f.

3) Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 79 zu § 705; Düringer-Hachenburg-Geiler, Bd. II 1, Allgemeine Einleitung, Rdnr. 90c.

4) Ähnlich Heinsheimer, Über die Teilhaberschaft, S. 51; Erman-Schulze-Wenck, Anm. 8b zu § 705.

5) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 73.

6) Vgl. Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 87, und die dort zitierte Literatur.

7) Müller-Freienfels, aaO., S. 89 (Vertretung) und S. 101 (Ermächtigung).

Personen die Macht einräumen, diese ihnen nicht zustehenden Rechte auszuüben oder für den Machtgeber Rechte oder Pflichten zu begründen. Als Beispiele für diese Machtbefugnisse sind die Vertretungsmacht [1] und die Ermächtigung anzuführen [2].

Doch auch die Geschäftsführungsbefugnis ist hierher zu rechnen. Ein geschäftsführender Gesellschafter kann selbst dann, wenn er keine Vertretungsmacht hat, die Gesellschaft berechtigen oder verpflichten. So hat die Gesellschaft dem geschäftsführenden Teilhaber auf Verlangen für die von ihm im Rahmen seiner Befugnisse zu besorgenden Geschäfte Vorschuß zu leisten (§§ 713, 669 BGB). Sie hat ihm Aufwendungen zu ersetzen, die er in Gesellschaftsangelegenheiten gemacht hat, wenn er sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte (§§ 713, 670 BGB; § 110 HGB). Und sie erwirbt Rechte gegen ihren geschäftsführenden Gesellschafter, der verpflichtet ist, ihr Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand der von ihm zu besorgenden Geschäfte Auskunft zu erteilen, Rechenschaft abzulegen und das, was er aus der Geschäftsführung erlangt bzw. zur Ausführung der Geschäfte erhält, herauszugeben (§§ 713, 666, 667 BGB). In allen diesen Fällen hängt es vom Verhalten des geschäftsführenden Teilhabers ab, ob der Gesellschaft derartige Rechte und Pflichten erwachsen. Wie bei der Vertretung im Außenverhältnis treffen also auch bei der Ausübung der Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis die Wirkungen seines Verhaltens nicht den handelnden Teilhaber sondern die Gesellschaft. Die weitgehende Übereinstimmung in den Rechtsfolgen gestattet es daher, auch die Geschäftsführungsbefugnis zu den sekundären Zuständigkeiten zu zählen.

Die Gruppe der Mitverwaltungsrechte setzt sich mithin zusammen aus den Gestaltungsrechten als primären und den Machtbefugnissen als sekundären Zuständigkeiten. Da beide Kategorien von Befugnissen sich nach der Natur der zugrundeliegenden Rechtsmacht eindeutig unterscheiden lassen, stünde einer Aufgliederung der Mitverwaltungsrechte folglich nichts im Wege.

ff) Untersucht man die Zusammensetzung der sogenannten unmittelbaren sachenrechtlichen Beteiligung, so kommt man zu einem ähnlichen Ergebnis. Da Ansprüche, Gestaltungsrechte, Herrschaftsrechte und Machtbefugnisse Bestandteile eines Gesamthandvermögens sein können [3], wäre es auch denkbar, die entsprechenden Befugnisse der einzelnen Gesellschafter an den Gegenständen dieses Vermögens zu unterscheiden. Doch hätte diese Aufgliederung keine praktische Bedeutung. Denn über seinen Anteil an den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens könnte kein Gesellschafter verfügen (§ 719 Abs. 1 BGB). Und mit seinem Ausschei-

1) von Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, S. 164 ff.; Müller-Freienfels, aaO., S. 89.

2) Müller-Freienfels, aaO., S. 101.

3) Man denke an den Fall, daß eine offene Handelsgesellschaft an einer anderen beteiligt ist.

den aus der Gesellschaft wüchsen seine Anteile den übrigen Mitgliedern an (§ 738 Abs. 1 S. 1 BGB). Irgendwelche Sonderrechte sind also von vornherein ausgeschlossen. Infolgedessen ist für die Beziehungen der Teilhaber zueinander lediglich von Interesse, daß die gesamthänderische Zuständigkeit, die in der unmittelbaren sachenrechtlichen Beteiligung der Anhänger mehrheitlicher Zuständigkeit ihren rechtstechnischen Ausdruck findet, die Gesamthänder zur gemeinschaftlichen Ausübung ihrer Befugnisse zwingt. Unter diesen Umständen erscheint es nicht zweckmäßig, die in der unmittelbaren sachenrechtlichen Beteiligung zusammengefaßten Befugnisse nach den Rechten, aus denen sie sich herleiten, zu unterscheiden. Für die Einteilung der Mitgliedschaftsrechte genügt es zu wissen, daß die unmittelbare sachenrechtliche Beteiligung, die im Anschluß an Wieland [1] als Sachanteil bezeichnet werden soll, alle Befugnisse enthält, die sich aus den zum Gesamthandvermögen gehörenden Ansprüchen, Gestaltungsrechten, Herrschaftsrechten und Machtbefugnissen ergeben.

gg) Als erster Ergebnis der Untersuchung der Einteilungsmerkmale, die der Gliederung der Mitgliedschaftsrechte und -pflichten bei mehrheitlicher Zuständigkeit zugrundegelegt werden, ist daher festzuhalten: Die Mitgliedschaftsrechte können nach der durch sie gewährten Rechtsmacht unterschieden werden in die Ansprüche (Wert- oder Vermögensrechte), die Gestaltungsrechte (als Teil der Mitverwaltungs- oder Organschaftsrechte) und den Sachanteil, die alle als primäre Zuständigkeiten anzusehen sind. Hinzukommen die Machtbefugnisse (ebenfalls als Teil der Mitverwaltungs- oder Organschaftsrechte), die als sekundäre Zuständigkeiten eine besondere Kategorie bilden. Die Mitgliedschaftspflichten hingegen werden nicht untergliedert. Sie sind in der Gruppe der Wertpflichten zusammengefaßt.

Anhand der herkömmlichen Einteilung der subjektiven Rechte nach der gewährten Rechtsmacht in Ansprüche, Gestaltungsrechte und Herrschaftsrechte läßt sich diese Gliederung auf ihre Vollständigkeit überprüfen. Die aus dem Mitgliedschaftsverhältnis erwachsenden Verpflichtungen sowie die Ansprüche und Gestaltungsrechte werden erfaßt. Auch die Machtbefugnisse als sekundäre Zuständigkeiten sind in der Gliederung enthalten. Nur Herrschaftsrechte scheinen zu fehlen. Sie können einem einzelnen Gesellschafter im Rahmen der Mitgliedschaft aber auch nicht zustehen. Denn als Inhaber des Herrschaftsrechts ist er der Gesellschaft gegenüber Dritter. Gehört ein Herrschaftsrecht, etwa das Eigentum an einer Sache, jedoch zum Gesamthandvermögen, so ist der Gesellschafter als Inhaber eines Sachanteils mitberechtigt [2]. Insoweit werden mithin auch Herrschaftsrechte be-

1) S. o. S. 21.

2) Bei einheitlicher Zuständigkeit fehlt zwar ein Sachanteil. Doch ist das nur die Folge der lediglich mittelbaren Zuständigkeit der Gesellschafter. S. o. S. 24 f.

rücksichtigt. Die angeführte Gliederung ist also geeignet, alle im Rahmen der Mitgliedschaft möglicherweise entstehenden Rechte und Pflichten zu erfassen.

hh) Die Analyse der Mitgliedschaft und ihrer Bestandteile läßt noch eine weitere Folgerung zu. Die Vereinigung der Gestaltungsrechte und der Machtbefugnisse in dem Oberbegriff der Mitverwaltungsrechte erschwert unnötig die Möglichkeit, allgemeine Aussagen über die einzelnen Bestandteile zu machen. Es erscheint daher zweckmäßig, die Gestaltungsrechte von den Machtbefugnissen zu trennen. Zwar finden beide wie alle anderen Mitgliedschaftsrechte ihre Grundlage in der Verfassung der Gesamthandgemeinschaft, mag diese ausschließlich auf dem Gesetz beruhen, wie im Fall der Erbengemeinschaft bei gesetzlicher Erbfolge, oder durch Rechtsgeschäft, etwa einen Gesellschaftsvertrag, geschaffen werden. Doch dienen sie ganz verschiedenen Zwecken. Übt ein Gesamthänder eines seiner Gestaltungsrechte aus, kündigt er z.B. die Gesellschaft, so ändert sich die Verfassung in der vorgesehenen Weise. Für die Zukunft ist die Gemeinschaft anders organisiert, sie ist Liquidationsgesellschaft. Macht ein Gesamthänder dagegen von seinen Machtbefugnissen Gebrauch, so kann er zwar gegen diese Organisationsnormen verstoßen, beispielsweise seine Geschäftsführungsbefugnis überschreiten, die Organisation wird dadurch jedoch nicht verändert. Die Machtbefugnisse sollen ihm vielmehr die Verfolgung des Gemeinschaftszwecks in der durch die Organisation vorgezeichneten Weise ermöglichen. Um diese beiden Funktionen auseinanderzuhalten, soll im Rahmen dieser Untersuchung zwischen Organisationsgestaltungsrechten, mit deren Hilfe die Gemeinschaftsverfassung gestaltet werden kann, und Organschaftsbefugnissen, den sogenannten Machtbefugnissen, unterschieden werden. Innerhalb der Kategorien der Mitverwaltungs- oder Organschaftsrechte lassen sich somit Organisationsgestaltungsrechte und Organschaftsbefugnisse voneinander trennen.

ii) Die Bedeutung dieser Unterscheidung wird klar, wenn man beide Gruppen von Rechten einmal darauf prüft, ob sie als selbstnützig oder gemeinnützig im Sinne Müller-Erzbachs [1] bzw. als eigennützige Gesellschafterrechte oder dem Interesse der Gesellschaft dienende Pflichtrechte im Sinne A. Huecks [2] anzusehen sind. Die Organschaftsbefugnisse werden den Mitgliedern zur Verfolgung der Gemeinschaftszwecke zugeordnet. Diese Zwecke können mit den Interessen der einzelnen Mitglieder übereinstimmen, sie brauchen es aber nicht. Selbst im letzteren Falle sind die Mitglieder verpflichtet, von ihren Organschaftsbefugnissen, insbesondere der Geschäftsführungsbefugnis, nur im Sinne der Gesellschaftsinteressen Gebrauch zu ma-

1) S. o. S. 28.
2) S. o. S. 28.

chen. Es sind daher gemeinnützige Rechte 1) 2). Die Organisationsgestaltungsrechte dagegen sind als primäre Zuständigkeiten grundsätzlich selbstnützig, sofern nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ausnahmsweise auch hier die Befugnisse des Berechtigten eingeschränkt sind. Daher steht es jedem Mitglied frei, bei Änderungen des Gesellschaftsvertrages, der Erhöhung oder Herabsetzung der Beiträge, der Änderung der Firma, der Aufnahme neuer Gesellschafter, bei Änderungen der Geschäftsführungsbefugnis oder der Vertretungsmacht einzelner Gesellschafter, der Klage auf Ausschließung eines Gesellschafters, der Kündigung der Gesellschaft, der Klage auf Entziehung dieser Befugnisse, der Auflösung der Gesellschaft usw. mitzuwirken oder alle diese Maßnahmen durch Verweigerung seiner Zustimmung zu verhindern 3). An die Rechtsgestaltung durch einzelne allein hierzu berechtigte Mitglieder sind die anderen dementsprechend gebunden. Im Grunde setzt die Gliederung in selbstnützige und gemeinnützige Mitgliedschaftsrechte also die Unterteilung der Mitverwaltungsrechte in Organschaftsbefugnisse und Organisationsgestaltungsrechte voraus.

Es liegt nahe, auch die obligatorischen Wert- oder Vermögensrechte und den sogenannten Sachanteil unter Interessengesichtspunkten zu betrachten. Die zur ersten Kategorie zählenden Individualansprüche stehen den einzelnen Mitgliedern zu und richten sich gegen die Gesamthand und deren Vermögen. Sie sind daher grundsätzlich selbstnützig. Doch ist es möglich, diese Rechte im Interesse der Gemeinschaft einzuschränken. So kann der Gesellschaftsvertrag beispielsweise vorsehen, daß die Gesellschafter die erzielten Gewinne im Unternehmen stehen lassen müssen, um dessen Liquidität zu stärken. Das würde die Gesellschafter aber nicht hindern, untereinander die Gewinnansprüche abzutreten. Der selbstnützige Charakter bliebe insoweit also erhalten. Die Sozialansprüche sind dagegen als gemeinnützig anzusehen. Sie sind auf Leistung an die Gesamthand und in deren Vermögen gerichtet. Sie sollen also den Zwecken der Gemeinschaft dienen. Auch bei den Wertrechten ist somit eine klare Trennung möglich. Der Sachanteil schließlich verkörpert zwar die Beteiligung des einzelnen Mitgliedes am Gesamthandvermögen. Als Folge der Bindung an den Gemeinschaftszweck sind die ursprünglich selbstnützigen Befugnisse aber stark eingeschränkt. Selbstnützig ist im Grunde nur die Übertragbarkeit, falls sie nicht auch vertraglich ausgeschlossen wurde.

---

1) Vgl. A. Hueck in Festschrift für Rudolf Hübner zum siebzigsten Geburtstag, S. 82 ff.

2) Es erscheint zweckmäßiger, statt von Pflichtrechten nur von gemeinnützigen Rechten zu sprechen. Denn der Gesellschaftsvertrag kann auch vorsehen, daß ein Gesellschafter zur Geschäftsführung zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet ist. Auch dann muß er aber im Interesse der Gesellschaft handeln, wenn er deren Geschäfte besorgt.

3) Vgl. auch hierzu A. Hueck, aaO., S. 87 ff.

Diese Ergebnisse zeigen, daß eine Gliederung der Mitgliedschaftsrechte und -pflichten nur dann alle strukturellen Merkmale berücksichtigt, wenn sie sowohl die Einteilung nach der Natur der zugeordneten Rechtsmacht als auch die Gliederung unter Interessengesichtspünkten verwertet. Nur so besteht die Gewähr, daß alle möglichen Rechte erfaßt werden und allgemeine Aussagen über die in eine Kategorie fallenden Rechte nicht schon an der unterschiedlichen Ausrichtung der Interessen scheitern.

2. Folgerungen und Ergebnis

Die Gegenüberstellung der Meinungen zum Inhalt und zur Struktur der Mitgliedschaft hat erkennen lassen, daß die in mancher Beziehung voneinander abweichenden Ansichten letzten Endes doch auf zwei Grundauffassungen zurückzuführen sind, deren Unterschied in dem Gegensatz von einheitlicher und mehrheitlicher Zuständigkeit begründet liegt. Eine Entscheidung für eine der beiden Auffassungen macht daher eine Auseinandersetzung mit den Gesamthandtheorien erforderlich. Sie kann nur dann unterbleiben, wenn ein Vergleich der beiden Meinungen ergibt, daß die Abweichungen bei der rechtstheoretischen Erfassung keinerlei Auswirkungen auf die Vererbung der Mitgliedschaft und ihre Verwaltung durch Vertreter haben. Zu diesem Zweck sind die strukturellen Merkmale der Mitgliedschaftsrechte und -pflichten für beide Zuständigkeitsformen herauszuarbeiten und einander gegenüberzustellen.

a) Wie schon bei der Erläuterung des Prinzips der Einheitszuständigkeit erwähnt worden ist [1], zeichnet sich diese Ansicht dadurch aus, daß den mittelbar berechtigten Mitgliedern eine künstliche, rechtstechnische Einheit als Zurechnungssubjekt gegenübergestellt wird, der man die Gegenstände des Gesamthandvermögens unmittelbar zuordnet. Das Moment, das die inneren und äußeren Beziehungen des rechtstechnischen Zurechnungssubjekts zu einer Einheit zusammenfaßt, ist die Gemeinschaftsverfassung, die durch die Normen des objektiven Rechts und die Vereinbarungen der Gemeinschafter gebildet wird [2]. Die Mitgliedschaft wird daher durch die Organisation bestimmt, die die Rechtsbeziehungen zwischen den Mitgliedern und dem Zurechnungssubjekt regelt.

Zu diesen Rechtsbeziehungen gehören einmal die zu den Wertrechten zählenden Sozialansprüche, beispielsweise die Rechte auf Leistung der Beiträge und auf Erfüllung der Geschäftsführerpflichten. Die verpflichteten Gesamthänder leisten an das Zurechnungssubjekt Gesamthandgemeinschaft, dieses wird damit primär zuständig, und die einzelnen Gesamthänder können infolgedessen nicht mehr über die

1) S. o. S. 10.

2) So ausführlich H. J. Wolff, Organschaft und Juristische Person, Bd. I, S. 188 ff., insbes. S. 192.

Gegenstände des Gesamthandvermögens verfügen. Die Bindung an den gemeinsamen Zweck wird also durch die Rechtsübertragung auf das mit Mitteln der Rechtstechnik geschaffene Subjekt erreicht. Wird die Zweckgemeinschaft ganz, teilweise oder auch nur bezüglich einzelner Gegenstände des Gesamthandvermögens beendet, so muß die Bindung insoweit aufgehoben werden. Den Mitgliedern stehen daher Individualansprüche gegen die Gemeinschaft zu, die aufschiebend bedingt sind durch die Aufhebung der Bindung und die eine Leistung aus dem Gesamthandvermögen zum Inhalt haben. In diese Kategorie gehören etwa die Ansprüche auf das Auseinandersetzungsguthaben und auch die auf den Gewinn. Sie bilden zusammen mit den Sozialansprüchen die Gruppe der Wertrechte bzw. -pflichten.

Die Übertragung von Rechten auf das rechtstechnische Subjekt als nur gedachte Einheit bedarf jedoch notwendig einer Ergänzung. Denn dieses künstlich geschaffene Subjekt kann nicht selbst handeln. Es muß Organe haben, sekundär Berechtigte, die im Außenverhältnis als Vertreter die primär zuständige Gesamthand berechtigen oder verpflichten und im Innenverhältnis die der Vertretungsmacht entsprechenden Geschäftsführungsbefugnisse wahrnehmen. Aus diesem Grunde sind die Organschaftsbefugnisse geschaffen worden. Und weil die Übertragung der zum Gesamthandvermögen gehörenden Rechte auf das rechtstechnische Subjekt den Gesamthändern als den eigentlich Berechtigten jegliche Befugnis entzogen hat, obgleich eigentlich nur gemeinschaftszweckwidrige Verfügungen verhindert werden sollten, ordnet man diese sekundären Zuständigkeiten den Gesamthändern zu. Von der Organisation der konkreten Gesamthandgemeinschaft hängt es dann ab, in welchem Umfang den Mitgliedern die Organschaftsbefugnisse zustehen. Übereignet also etwa ein Gesellschafter in Erfüllung seiner Beitragspflicht sein Grundstück an die offene Handelsgesellschaft als rechtstechnisches Subjekt, so verliert er die primäre Zuständigkeit. Eigentümerin wird die Gesellschaft. Als Gesellschafter mit Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht, also kraft sekundärer Zuständigkeit, kann er aber doch das Eigentum am Grundstück ausüben, ist dabei allerdings an den Gesellschaftszweck gebunden. Die zum Zurechnungssubjekt erhobene Organisation, die Wertrechte bzw. -pflichten und die Organschaftsbefugnisse sind daher nur Mittel, die Bindung an den Gemeinschaftszweck, die mit dem Rechtsinstitut der Gesamthandgemeinschaft erreicht werden soll, rechtstechnisch zu bewältigen.

Als letzte Gruppe von Mitgliedschaftsrechten sind schließlich noch die Organisationsgestaltungsrechte zu betrachten. Die Gesamthandgemeinschaften entstehen entweder kraft Gesetzes, wie die Erbengemeinschaft (§ 2032 Abs. 1 BGB), oder durch Vereinbarung, wie etwa die Gesellschaft (§ 705 BGB). Und sie können in aller Regel, wenn auch bei der Erbengemeinschaft nicht in jedem Falle, jederzeit durch Vertrag aufgelöst werden. In gleicher Weise sind im allgemeinen Änderungen der Organisation möglich. Alle diese Vereinbarungen setzen bei den

daran Beteiligten außer der Zugehörigkeit zur Gemeinschaft kein subjektives Recht voraus. Die Umgestaltung der Organisation kann aber auch Gegenstand besonderer Rechte sein, die den berechtigten Mitgliedern die Möglichkeit geben, bei Vorliegen der in der Gemeinschaftsverfassung vorgesehenen Voraussetzungen auch ohne das Einverständnis der anderen Gesamthänder die Organisation zu ändern. Da alle Gesamthandgemeinschaften auf eine gewisse Dauer angelegt sind, aber nicht alle künftigen Ereignisse im Rahmen der Organisation bis in die Einzelheiten berücksichtigt werden können, sind derartige Gestaltungsrechte, hier als Organisationsgestaltungsrechte bezeichnet, auch erforderlich. Denn nicht immer werden sich die Gesamthänder einigen können, wie auf eine Veränderung der Verhältnisse reagiert werden soll. Und oft besteht daher kein anderer Ausweg als die Beendigung der Gemeinschaft. Können sie sich auch darüber nicht einigen, bleibt nur die einseitige Gestaltung, etwa in der Form der Kündigung aus wichtigem Grund. Auch die Organisationsgestaltungsrechte sind daher erforderlich, um die Bindung eines Sondervermögens an den Gemeinschaftszweck rechtstechnisch zu regeln.

Die vorstehend erörterten Gruppen von Mitgliedschaftsbestandteilen gestatten, wie schon die Analyse der Einteilungsmerkmale ergeben hat [1], die Einordnung aller denkbaren Mitgliedschaftsrechte und -pflichten einheitlicher Zuständigkeit. Dieses seinerzeit aus der unterschiedlichen Natur der jeweils gewährten Rechtsmacht abgeleitete Ergebnis wird nunmehr bestätigt durch die Funktion aller genannten Mitgliedschaftsrechte und -pflichten, die Zweckbindung eines bestimmten Vermögens erst zu ermöglichen. Denn über die Schaffung eines gebundenen Vermögens, seine Verwaltung, die Gestaltung der hierfür erforderlichen Organisation und die Auflösung der Bindung hinaus sind keine Zwecke erkennbar, zu deren Wahrnehmung es besonderer Mitgliedschaftsrechte bedürfte. Auch im Hinblick darauf trifft es also zu, daß die Gliederung in Wertrechte und -pflichten, Organschaftsbefugnisse und Organisationsgestaltungsrechte die Einordnung aller denkbaren Mitgliedschaftsrechte und -pflichten einheitlicher Zuständigkeit möglich macht.

b) Die Richtigkeit dieses Ergebnisses soll anhand der Struktur der Mitgliedschaft in einer Gesamthandgemeinschaft mit mehrheitlicher Zuständigkeit überprüft werden. Bei mehrheitlicher Zuständigkeit wird das gemeinschaftliche Recht den mehreren Berechtigten unmittelbar zugeordnet. Infolgedessen sind Verfügungen über das Recht sowie Handlungen zu seiner Ausübung von der Mitwirkung aller abhängig. Die Bindung liegt bei mehrheitlicher Zuständigkeit also schon innerhalb des gemeinschaftlich zuständigen Rechts. Es bedarf aber auch hier der Umwandlung der den einzelnen Mitgliedern zustehenden, nicht gebundenen Rechte in solche, die der Bindung unterliegen. Die Rechte der einzelnen müssen gemeinschaftliche Rechte werden. Das geschieht bei der Erbengemeinschaft durch Übergang kraft Gesetzes

1) S. o. S. 31 f.

und bei den Gesellschaften durch rechtsgeschäftliche Übertragung. Im letzteren Fall wird das Recht also von einem Mitglied auf alle Gesamthänder einschließlich seiner selbst übertragen. Damit steht zunächst einmal fest, daß es eines besonderen rechtstechnischen Subjekts nicht bedarf.

Die Verpflichtung zur Schaffung solcher durch mehrheitliche Zuständigkeit gebundenen Rechte ergibt sich aus der vertraglich begründeten Gemeinschaftsverfassung, wenn das gebundene Vermögen wie bei der Erbengemeinschaft nicht schon kraft Gesetzes entsteht. Neben diesen Sozialansprüchen existieren hier ebenfalls Individualansprüche, also beispielsweise Ansprüche auf den Gewinn und das Auseinandersetzungsguthaben, die durch die vollständige, teilweise oder auch nur auf einzelne Gegenstände des Gesamthandvermögens bezogene Beendigung der Zweckgemeinschaft bedingt sind. Doch ergibt sich ein Unterschied zu den Wertrechten und -pflichten bei einheitlicher Zuständigkeit daraus, daß die Ansprüche der Mitglieder nicht gegen ein rechtstechnisches Zurechnungssubjekt, sondern gegen alle am Gesamthandvermögen unmittelbar Beteiligten gerichtet sind. Die gedankliche Erfassung dieser Situation ist umstritten. Einige Autoren billigen einem Mitglied einen Individualanspruch gegen die übrigen Gesamthänder auf Leistung aus dem Gesamthandvermögen zu [1], andere sprechen von einem Anspruch gegen die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung [2]. Doch soll mit beiden Formulierungen kein sachlicher Unterschied zum Ausdruck gebracht werden. Die erste Auffassung rührt lediglich daher, daß ihre Anhänger annehmen, ein Mitglied könne nicht einen Anspruch gegen sich selbst haben. Da unbestritten ist, daß die Leistung aus dem gemeinschaftlichen Vermögen zu erfolgen hat, kommt es auf diese konstruktiven Fragen im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht an. Festzuhalten ist nur, daß die Leistung aus dem Gesamthandvermögen eine Aufhebung der Zweckbindung darstellt, während die Leistung in das Gemeinschaftsvermögen die Bindung schafft. Dementsprechend braucht auch der umgekehrte Fall des Sozialanspruchs auf Leistung an die Gesellschaft [3]

1) Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 65 zu § 705; Planck-Lobe, Anm. 2 zu § 713; Düringer-Hachenburg-Geiler, Bd. II 1, Allgemeine Einleitung, Rdnr. 87; Schultze-v. Lasaulx in Soergel-Siebert, Rdnr. 27 zu § 705; Schlegelberger-Geßler, Rdnr. 6 zu § 109; wohl auch Fischer in BGB-RGRK, Rdnr. 20 zu § 705 und Palandt-Gramm, Anm. 7b zu § 705.

2) Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 177 I 2; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, Vorbem. vor § 109, Rdnr. 2; Staub-Pinner, Rdnr. 2 zu § 110 Heymann-Kötter, Anm. 4 zu § 110; Neufeld-Schwarz, Anm. 6 zu § 105 und die meisten Autoren des Handelsrechts, die sich auf § 124 Abs. 1 HGB berufen können.

3) Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 49 zu § 705; Fischer in BGB-RGRK, Rdnr. 19 zu § 705; Planck-Lobe, Anm. 3 zu § 713; Oertmann, Anm. 5 zu § 713; Enneccerus-Lehmann, aaO., § 177 I 2; Düringer-Hachenburg-Geiler, aaO.,

bzw. an die übrigen Gemeinschafter [1]) nicht weiter erörtert zu werden. Wegen der einfacheren Formulierung soll im Folgenden immer von Rechten und Pflichten der Gesamthandgemeinschaft gesprochen werden.

Nicht verständlich scheint dagegen, daß auch bei mehrheitlicher Zuständigkeit Organschaftsbefugnisse zu den Bestandteilen der Mitgliedschaft gehören sollen. Da die Gesamthänder unmittelbar beteiligt sind, üben sie ihre Rechte auch aufgrund dieser primären Zuständigkeit selbst aus. Doch trifft diese Feststellung nur den extremen Fall, daß die Gesamthänder wirklich ausschließlich gemeinschaftlich handeln. Sollen dagegen nur einzelne Mitglieder die Geschäfte führen und auch nach außen hin für alle Gemeinschafter auftreten, so müssen auch ihnen Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht übertragen werden. Dabei darf man jedoch einen Unterschied nicht übersehen. Bei mehrheitlicher Zuständigkeit werden sie aufgrund ihrer unmittelbaren Berechtigung für sich selbst kraft primärer Zuständigkeit tätig. Nur für die übrigen Mitglieder, mögen sie geschäftsführungsbefugt und vertretungsberechtigt sein oder nicht, handeln sie in sekundärer Zuständigkeit, wie das beispielsweise in § 714 BGB klar zum Ausdruck kommt. Dieser Unterschied zur einheitlichen Zuständigkeit ist aber ausschließlich durch die rechtstechnische Gestaltung bedingt.

Bei einheitlicher Zuständigkeit wird das Recht unmittelbar dem Zurechnungssubjekt Gemeinschaft zugeordnet. Das Mitglied muß daher zur Vertretung dieses Subjekts befugt sein. Demgegenüber sind bei mehrheitlicher Zuständigkeit die Gesamthänder unmittelbar berechtigt. Erst die eigene Berechtigung verbunden mit der Vertretungsmacht für die übrigen Gesamthänder ermöglicht die Ausübung der gemeinschaftlichen Rechte bzw. die Verpflichtung zur Leistung durch die Gesamthand. Das läßt aber auch erkennen, daß die Befugnisse des einzelnen Gesamthänders ihrem Umfang nach gleich sind, wenn sie auch bei mehrheitlicher Zuständigkeit teilweise eigenem unmittelbaren und nicht nur abgeleitetem Recht entspringen. Die Stellung eines Geschäftsführers oder Vertreters läßt sich bei beiden Zuständigkeitsformen daher ohne Bedenken gleichsetzen.

Berücksichtigt man endlich noch, daß auch die Verfassung der Gemeinschaft bei mehrheitlicher Zuständigkeit der Organisation bei einheitlicher Zuständigkeit entspricht, daß hier wie dort Gestaltungsrechte die Organisation veränderlich machen, so stimmen beide Auffassungen auch insoweit überein. Lediglich die als Sachanteil bezeichnete unmittelbare Beteiligung am Gesamthandvermögen mehrheitli-

---

Fortsetzung der Fußnote 3 von Seite 37:
Rdnr., 84; Esser, Schuldrecht, S. 725; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, Vorbem vor § 109, Rdnr. 2; Staub-Pinner, Rdnr. 39 zu § 124; Neufeld-Schwarz, Anm. 6 zu § 105 und andere.

1) Erman-Schulze-Wenck, Anm. 7a zu § 705; Schultze-v. Lasaulx in Soergel-Siebert, Rdnr. 30 zu § 705; wohl auch Schlegelberger-Geßler, Rdnr. 2 zu § 109 und Palandt-Gramm, Anm. 7a zu § 705.

cher Zuständigkeit und an dessen Gegenständen scheint daher einen Gegensatz auszudrücken. Beachtet man jedoch, daß ein Mitglied über seinen Sachanteil nur zusammen mit der Mitgliedschaft verfügen kann, weil erst die Mitgliedschaft die unmittelbare Mitberechtigung entstehen läßt, es im übrigen aber auf die Ausübung der durch den Sachanteil gewährten Befugnisse beschränkt ist, die nur im Zusammenhang mit den gleichen Befugnissen der übrigen Gesamthänder Bedeutung haben, so zeigt sich, daß auch in dieser Beziehung die voneinander abweichenden Zuständigkeitsformen keinen Unterschied in den Rechtsfolgen begründen.

c) Als Ergebnis des Vergleichs der strukturellen Merkmale der Mitgliedschaftsrechte und -pflichten für beide Zuständigkeitsformen ist daher festzuhalten, daß sich zwar Unterschiede bei der gedanklichen Erfassung der Wertrechte und -pflichten, der Organschaftsbefugnisse, der Organisationsgestaltungsrechte und des Sachanteils ergeben haben. Die Untersuchung hat aber keine Abweichungen in den Rechtsfolgen erkennen lassen. Eine Entscheidung für eine der beiden Zuständigkeitsformen und damit eine Auseinandersetzung mit den Gesamthandtheorien ist infolgedessen im Rahmen dieser Arbeit nicht erforderlich. Zugleich hat sich erwiesen, daß die aufgezählten Gruppen alle erdenklichen Mitgliedschaftsrechte und -pflichten erfassen. Für die weiteren Erörterungen kann somit davon ausgegangen werden, daß die Mitgliedschaft folgende Bestandteile enthält:

1. die Wertrechte, das sind sämtliche Ansprüche eines Mitglieds gegen die Gesamthandgemeinschaft, die dem Mitgliedschaftsverhältnis entstammen;

2. die Wertpflichten, d.h. die Ansprüche der Gesamthandgemeinschaft gegen ihre Mitglieder, die aus dem Mitgliedschaftsverhältnis abgeleitet werden;

3. die Organisationsgestaltungsrechte, zu denen diejenigen Rechte eines Gesamthänders gehören, die im Mitgliedschaftsverhältnis ihren Ursprung haben und die der Gestaltung der Organisation dienen;

4. die Organschaftsbefugnisse, denen alle im Mitgliedschaftsverhältnis begründeten Machtbefugnisse zuzurechnen sind, und

5. den Sachanteil, der bei mehrheitlicher Zuständigkeit die unmittelbare Mitberechtigung der Gesamthänder verkörpert.

B) DER ÜBERGANG DER MITGLIEDSCHAFT AUF DIE EINZELNEN ERBEN

I. VORBEMERKUNG

Nach der Untersuchung des Inhalts und der Struktur der Mitgliedschaft im vorhergehenden Abschnitt ist nun zu erörtern, wie dieser Komplex von Rechten und Pflichten auf die einzelnen Erben übergeht. Dabei sind zwei Problemkreise zu unterscheiden. Einmal ist zu klären, welche gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit die Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft überhaupt die Möglichkeit haben, die Gesellschaft mit den Nachfolgern eines verstorbenen Teilhabers fortzusetzen (II). In diesem Zusammenhang ist auch auf die Frage einzugehen, ob den Nachfolgern die Mitgliedschaftsrechte des Verstorbenen in vollem Umfange zugeordnet werden können oder nicht. Erst im Anschluß daran läßt sich untersuchen, wie der unmittelbare Erwerb der Mitgliedschaft durch die Erben gedanklich zu erfassen ist und welche Bedeutung den Bestimmungen des Erbrechts dabei zukommt (III). Doch darf die Gliederung in die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen der Nachfolge und den eigentlichen Nachfolgevorgang nicht darüber hinwegtäuschen, daß beide Problemkreise einander durchdringen und gegenseitig beeinflussen.

II. DIE GESELLSCHAFTSRECHTLICHEN VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE UNMITTELBARE NACHFOLGE IN DIE MITGLIEDSCHAFT

Der grundlegenden Vorschrift des § 131 Nr. 4 HGB zufolge wird die offene Handelsgesellschaft durch den Tod eines Teilhabers aufgelöst, sofern sich aus dem Gesellschaftsvertrag nichts anderes ergibt. Unabdingbare Voraussetzung des Fortbestehens der Gesellschaft ist daher eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag, die diese unerwünschte Rechtsfolge ausschließt. Für die unmittelbare Nachfolge in die Mitgliedschaft, die allein den Gegenstand dieser Untersuchung bildet, käme eine sogenannte Nachfolgeklausel [1] in Betracht, die in ihrer einfachsten und ganz allgemein gehaltenen Form lautet:

> Beim Tode eines Gesellschafters wird die Gesellschaft mit seinen Erben fortgesetzt [2].

Sie läßt klar erkennen, daß eine Auflösung wegen des Todes eines Teilhabers ausgeschlossen sein soll, und genügt damit den Erfordernissen des § 131 Nr. 4 HGB.

---

1) S. o. S. 2 f.

2) Vgl. Siebert, GesVertr und Erbr., S. 12; Prasch, Unmittelbare Nachf., S. 13.

Zugleich bringt sie zum Ausdruck, mit wem die Gesellschaft fortgeführt werden soll. Ob sie auch insoweit den gesellschaftsrechtlichen Anforderungen genügt, könnte allerdings zweifelhaft sein, weil die künftigen Gesellschafter nur nach abstrakten Merkmalen bezeichnet sind.

Dem Handelsgesetzbuch liegt ein Typ der offenen Handelsgesellschaft zugrunde, der enge persönliche Beziehungen der Gesellschafter mit sich bringt. Die Teilhaber bilden nicht nur eine Interessen- und Vermögensgemeinschaft, sondern ebenfalls eine Haftungsgemeinschaft und meist auch eine Arbeitsgemeinschaft [1]. Sie führen die Geschäfte der Gesellschaft grundsätzlich allein (§ 115 Abs. 1 HGB) und sind auch befugt, die Gesellschaft ohne Mitwirkung der übrigen Gesellschafter zu vertreten (§ 125 Abs. 1 HGB). Hieraus können sich erhebliche Gefahren für die Mitgesellschafter ergeben; denn sie alle haften unbeschränkt (§ 128 HGB). Derart weitgehende Befugnisse, die großes Vertrauen der Teilhaber zueinander voraussetzen, erscheinen prinzipiell nur dann vertretbar, wenn jeder Beteiligte vor Abschluß des Gesellschaftsvertrages zumindest die Möglichkeit hatte, sich über die Partner zu informieren. Darum ist die Mitgliedschaft in einer offenen Handelsgesellschaft nicht ohne weiteres übertragbar [2]. Uns aus dem gleichen Grunde ist sie im gesetzlichen Regelfall unvererblich. Keinem Teilhaber sollte ein ihm unbekannter Erbe als Mitgesellschafter aufgezwungen werden.

Dieser Schutzzweck schließt aber nicht aus, daß die Mitglieder eine so weitreichende Vereinbarung wie die oben wiedergegebene Nachfolgeklausel in den Gesellschaftsvertrag aufnehmen. § 139 Abs. 1 HGB verlangt keine namentliche Bezeichnung der Erben. Und einer solchen Schutzvorschrift bedarf es auch nicht. Denn von Kaufleuten kann erwartet werden, daß sie die Bedeutung derartiger Vertragsbestimmungen erfassen. Außerdem bietet das Gesellschaftsrecht ausreichende Möglichkeiten, gegen Teilhaber vorzugehen, die sich des in sie gesetzten Vertrauens nicht würdig erweisen (§§ 133, 140 HGB). Die sonst unvererbliche Mitgliedschaft wird durch die Nachfolgeklausel daher zugunsten der bezeichneten Berechtigten ihres höchstpersönlichen Charakters entkleidet, so daß sie vom Gesellschaftsrecht her gesehen als nachfolgefähiges Rechtsgut erscheint [3].

---

1) A. Hueck, OHG, S. 78 f.

2) In diesem Sinne Schlegelberger-Geßler, Rdnr. 36 zu § 105; Düringer-Hachenburg-Geiler, Bd. II 1, Allgemeine Einleitung, Rdnr. 26; Weipert in HGB-RGRK, Rdnr. 4 zu § 109; Fischer in BGB-RGRK, Rdnr. 1 zu § 719; Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 4 zu § 719; A. Hueck, OHG, S. 20; BGHZ 13, 179 (184).

3) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, Rdnr. 5 zu § 139; Siebert, GesVertr. und Erbr. S. 17; Staudinger-Boehmer, Rdnr. 162 zu § 1922; Kipp-Coing, Erbrecht, § 91 IV 4 d; Wieland, Handelsrecht, Bd. I, S. 686 Anm. 20; Schlegelberger-Geßler, Rdnr. 14 zu § 139. Ebenso ohne Begründung Kregel in BGB-RGRK, Rdnr. 14 zu § 1922.

Dieses Prinzip gilt aber nicht uneingeschränkt. Denn aus der Möglichkeit, die Mitgliedschaft auch einem Nachfolger des ersten Inhabers zuzuordnen, folgt nicht schon, daß der Nachfolger notwendig die gleiche Rechtsstellung haben müsste wie sein Vorgänger. Sind einem Gesellschafter aus Gründen, die in seiner Person liegen, besondere Rechte eingeräumt oder besondere Pflichten auferlegt worden, so muß dem Gesellschaftsvertrag entnommen werden, ob diese besonderen Rechte und Pflichten nur ihm persönlich oder auch seinen Nachfolgern zugerechnet werden sollen. Und in der gleichen Weise ist zu ermitteln, wie Änderungen der Gesellschaftsorganisation, etwa die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis (§ 117 HGB) oder der Vertretungsmacht (§ 127 HGB), zu beurteilen sind. Für alle Kategorien von Mitgliedschaftsrechten und -pflichten gilt daher der Grundsatz, daß die dem Gesetz und dem Gesellschaftsvertrag entstammenden Organisationsbestimmungen regeln, welchen Umfang und welche Zusammensetzung die Mitgliedschaft hat, die der Nachfolger eines Gesellschafters erwirbt.

Stehen beispielsweise dem Erblasser Einzelgeschäftsführungsbefugnis und Einzelvertretungsmacht zu, wie es das Gesetz für den Normalfall vorsieht (§§ 115 Abs. 1, 125 Abs. 1 HGB), während andere Gesellschafter sowohl von der Geschäftsführung als auch von der Vertretung ausgeschlossen sind, so kann, wenn der Gesellschaftsvertrag das vorsieht, der Nachfolger diese Organschaftsbefugnisse erwerben. Der Vertrag kann aber auch bestimmen, daß der Nachfolger gleichfalls von Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen sein soll. In diesem Fall sind diese Befugnisse höchstpersönlich und gehen mit dem Ausscheiden des Berechtigten aus der Gesellschaft unter. Trotz der allgemeinen Nachfolgeklausel könnte ein Erbe sie nicht erwerben. Insoweit besteht in der Literatur Einigkeit [1]. Umstritten ist jedoch, welche Rechtsfolge eintritt, wenn dem Gesellschaftsvertrag keine ausdrückliche oder auch nur stillschweigende Regelung zu entnehmen ist [2]. Doch kann die-

---

1) Siehe die in Anm. 2 angegebene Literatur.

2) Für die Vermutung, daß der Ausschluß von der Geschäftsführung und Vertretung persönliche Gründe habe, die für den Nachfolger daher bedeutungslos seien: Düringer-Hachenburg-Flechtheim, Rdnr. 14 zu § 139; Ritter, Anm. 3a zu § 139; Schlegelberger-Geßler, Rdnr. 22 zu § 139; Baumbach-Duden, Anm. 1 D zu § 139; Anm. 2 E zu § 114; Neufeld-Schwarz, Rdnr. 4 zu § 139; Heymann-Kötter, Rdnr. 3 zu § 139; A. Hueck, OHG, S. 298; Fischer in BB 1956, 839 ff.; RG DR 1942, 1057 (1058); BGH LM Nr. 2 zu § 139;
Dagegen: Staub-Pinner, Rdnr. 14 zu § 139; Weipert in HGB-RGRK, Rdnr. 21 zu § 139; Lehmann-Ring, Rdnr. 10 zu § 139; Brand, Anm. 4 c Baazu § 139; OLG Hamburg, DB 1951, 152; ähnlich Wieland, Handelsrecht, Bd. I, S. 688; unklar Koenige-Teichmann-Koehler, Rdnr. 2 zu § 139.

se Streitfrage auf sich beruhen. Es handelt sich um eine Auslegungsfrage, auf die es für das Problem der Vererbung der Mitgliedschaft nicht ankommt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß mit der Vereinbarung einer Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag die Mitgliedschaft nachfolgefähig wird. In welchem Umfang der Nachfolger die Mitgliedschaftsrechte des ausscheidenden Gesellschafters erwirbt, hängt jedoch von der Organisation der jeweiligen Gesellschaft ab. Es liegt damit in der Hand der Gesellschafter, durch zweckmäßige Gestaltung des Gesellschaftsvertrages allen künftigen Veränderungen Rechnung zu tragen.

III. DIE UNMITTELBARE NACHFOLGE MEHRERER ERBEN IN DIE MITGLIEDSCHAFT

1. Gegenüberstellung der in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansichten

a) Erwerb der Mitgliedschaft durch Rechtsgeschäft unter Lebenden

Die Ausführungen im vorhergehenden Abschnitt (II) haben gezeigt, daß durch Vereinbarung einer Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag nicht nur die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft für den Fall des Todes eines Teilhabers vermieden, sondern auch die Fortsetzung mit den Erben ermöglicht wird. Sollen die Erben ohne eigenes Zutun in die Gesellschaft einrücken, also ohne irgendwelche rechtsgeschäftlichen Erklärungen die Mitgliedschaft des Erblassers erwerben, bedarf es darüber hinaus eines Verfügungstatbestandes, wie Siebert [1] formuliert. Es liegt nahe, ihn ebenfalls in der Nachfolgeklausel zu sehen und die Nachfolge kraft Rechtsgeschäfts unter Lebenden eintreten zu lassen.

Das Reichsgericht hat anfangs wohl diesen Standpunkt vertreten. In einer Entscheidung zu Art. 123 Nr. 2 ADHGB [2] lehnte es jedenfalls eine erbrechtliche Nachfolge ab und meinte stattdessen, der Erbe sei "auf Grund im Gesetz bestimmter Tatsachen kraft Bestimmung des Handelsgesetzbuches" Gesellschafter geworden [3]. Berücksichtigt man, daß zu jenen "Tatsachen" auch die Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag gehörte, die auf den Übergang der Mitgliedschaft gerichtet war, so wird klar, daß sich die Ansicht des Reichsgerichts von der einer rechtsgeschäftlichen Nachfolge zumindest nicht sehr unterschied. In späteren Entscheidun-

1) Siebert in NJW 1955, 809; ähnlich Küster in DNotZ 1956, 463 (Verfügungsakt).

2) Art. 123 ADHGB lautete: "Die Gesellschaft wird aufgelöst: 1. ... 2. durch den Tod eines der Gesellschafter, wenn nicht der Vertrag bestimmt, daß die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortbestehen soll; ... "

3) RGZ 16, 40 (58).

gen ist das Gericht dann aber davon abgerückt und für eine erbrechtliche Nachfolge eingetreten [1].

In der Literatur ist nur vereinzelt der Versuch unternommen worden, den Gesellschaftsvertrag als Verfügungstatbestand im Sinne Sieberts heranzuziehen. So beruft sich Weiler [2] auf die Vorschriften über den Vertrag zugunsten Dritter (§§ 328 ff. BGB) und will dem Einwand, daß man wegen der Mitgliedschaftspflichten dann auch Verträge zu Lasten Dritter anerkennen müsse, durch die Behauptung entgehen, die Mitgliedschaft stelle insgesamt eine positive Berechtigung dar. Auf diese Weise glaubt er den Nachweis führen zu können, daß die Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters den Vorschriften über die Erbengemeinschaft nicht unterworfen ist. Lange [3] dagegen gibt von vornherein zu, daß die Lösung mit Hilfe des § 328 BGB doppelt regelwidrig ist, weil man sowohl Verträge zu Lasten Dritter als auch Verfügungen zugunsten Dritter anerkennen müsse. Er hält diese Verstöße aber für gesetzestreuer als den Versuch der herrschenden Meinung, mit Hilfe einer Sondererbfolge mehrere Erben unmittelbar als einzelne Gesellschafter werden zu lassen. Auch Lange geht also offenbar davon aus, daß eine Einzelnachfolge mehrerer Erben in die Mitgliedschaft mit den Vorschriften des Erbrechts nicht zu vereinbaren sei.

b) Übergang der Mitgliedschaft sowohl aufgrund Rechtsgeschäfts als auch kraft Erbrechts

Begründen die Vertreter der Lehre vom rechtsgeschäftlichen Erwerb der Mitgliedschaft diese Rechtsfolge ausschließlich mit der Nachfolgevereinbarung im Gesellschaftsvertrag, so versuchen die hier zu einer Gruppe zusammengefaßten Autoren den Übergang der Mitgliedschaft mit Hilfe zweier Verfügungstatbestände zu erklären. Erbrecht und gesellschaftsvertragliche Nachfolgevereinbarung sollen gemeinsam diesen Erfolg herbeiführen. Doch wird nicht immer klar, welche Wirkung auf welcher Norm beruht.

Weipert [4] sieht die Fortsetzungsvereinbarung als Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) an. Da die Nachfolge aber auch auf dem Erbrecht beruhe, sei sie zugleich auch erbrechtlicher Natur. Er sieht daher auch keinen Widerspruch darin, § 139 HGB als eine Sonderregelung aufzufassen, die die Vorschriften über die Erbengemeinschaft abändere. Wohl daraus will er ableiten, daß die "gesellschafterliche Beteiligung" nicht zum Nachlaß gehöre. Dennoch könnten sich die Nachlaßgläubiger aber daraus befriedigen, weil diese Beteiligungen eine erbrechtliche Wurzel hätten und auf der Beteiligung des Erblassers aufbauten [5]. Angesichts dessen bleibt

1) RGZ 123, 366 ff.

2) Weiler in DNotZ 1952, 283 (289 f.).

3) Lange, Lehrbuch des Erbrechts, S. 52.

4) Weipert in HGB-RGRK Rdnr. 15 zu § 139.

5) Weipert, aaO., Rdnr. 73 zu § 139.

allerdings völlig unklar, warum Weipert sich überhaupt auf den Vertrag zugunsten Dritter beruft.

Kaufmann [1] unterscheidet dagegen klar, wenn auch mit anderer Terminologie, zwischen den vermögensrechtlichen Beziehungen, die nach seiner Ansicht gemäß § 1922 BGB vererbt werden, und den personenrechtlichen Beziehungen, die aufgrund der Nachfolgeklausel, ergänzt durch § 139 HGB, auf die einzelnen Erben übergehen. Letztere unterliegen also offenbar rechtsgeschäftlichen Grundsätzen, wofür auch spricht, daß die "Mitgliedschaftsrechte allein", gemeint sind wohl die Mitverwaltungsrechte, nicht Nachlaßgegenstände sein sollen.

Auch diese beiden Autoren halten also eine Einzelnachfolge zumindest für die Mitverwaltungsrechte für möglich.

c) Übergang der Vermögensrechte kraft Erbrechts, Untergang und Neuentstehung der Mitverwaltungsrechte

Eine andere Gruppe von Autoren [2] macht sich gleichfalls den Unterschied zwischen Wertrechten und Mitverwaltungsrechten zunutze. Auch sie wenden auf Wertrechte und -pflichten die Bestimmungen des Erbrechts (§§ 1922, 1967 BGB) an. Diese fallen infolgedessen in den gemeinschaftlichen Nachlaß. Dagegen sollen die Mitverwaltungsrechte höchstpersönlich sein und aus diesem Grunde mit dem Tode des Gesellschafters untergehen. Insoweit bedarf es mithin keines Verfügungstatbestandes, um den Übergang auf die Nachfolger zu erklären. Da aber die Wertrechte und -pflichten allein nicht die Mitgliedschaft bilden, sind die Anhänger dieser Meinung gezwungen, die gleichen Mitverwaltungsrechte in der Person der jeweiligen Nachfolger originär entstehen zu lassen [3]. Daraus ergibt sich dann zugleich, daß die Mitverwaltungsrechte nicht zum Nachlaß gehören und folglich auch nicht den Vorschriften über die Erbengemeinschaft unterliegen.

In ähnlicher Weise versucht Prasch [4] den Erwerb der Mitgliedschaft durch die einzelnen Miterben zu erklären. Er wendet sich gegen den Versuch, die Untauglichkeit der Erbengemeinschaft zur erbrechtlichen Nachfolge in die Mitgliedschaft aus strukturellen oder aus haftungsrechtlichen Gründen herzuleiten und vertritt stattdessen die Meinung, § 139 HGB baue auf der vor 1900 herrschenden Ansicht auf, daß die Erben eines Gesellschafters selbständig die Mitgliedschaft erwürben. Die Vorschrift setze daher die Einzelnachfolge in die geteilte Mitglied-

1) E. Kaufmann in JZ 1959, 522 (523).

2) So etwa Schlicht in NJW 1954, 984 (985); Wolf in NJW 1954, 1549; Michaelis in ZAkDR 1943, 233; Donner in DR 1943, 1205 (1208); Heinsheimer, Über die Teilhaberschaft, S. 52.

3) Schlicht, aaO., S. 985; Wolf, aaO., S. 1549; Michaelis, aaO., S. 233; Donner, aaO., S. 1208; ders. in DNotZ 1944, 143 (150); Heinsheimer, aaO., S. 66.

4) Prasch, Unmittelbare Nachfolge, S. 45 ff.

schaft notwendig voraus, was sich schon daraus ergebe, daß jedem Erben die Wahlrechte zustünden. Dann entspreche es aber auch vernünftiger Auslegung, in § 139 HGB die Anordnung der Einzelnachfolge als logischer Voraussetzung mitgeregelt zu finden [1].

Die Vervielfältigung der Mitgliedschaft als Konsequenz der Einzelnachfolge der Miterben führt Prasch für die vermögensrechtlichen Bestandteile auf § 139 HGB zurück. Beim Übergang gemäß § 1922 BGB zerfielen sie in den Erbquoten entsprechende Bruchteile 2). Da eine Aufspaltung der lediglich nach qualitativen Merkmalen bestimmten Mitverwaltungsrechte aber nicht möglich sei, müßten diese in der Person jedes Miterben unmittelbar mit dem Erbfall neu entstehen. Die Einzelnachfolge sei daher konstruktiv als gesellschaftsrechtlich-erbrechtlicher Mischtatbestand anzusehen [3].

Schließlich geht Prasch auch noch auf die Frage ein, ob nicht wenigstens die vermögensrechtlichen Bestandteile der Mitgliedschaft in das Gesamthandvermögen der Miterbengemeinschaft fielen. Er meint jedoch, diese Konstruktion scheitere bereits daran, daß die Miterben, wenn sie von den Rechten des § 139 HGB Gebrauch machten, entgegen § 2040 Abs. 1 BGB selbständig über einen gemeinschaftlichen Nachlaßgegenstand verfügten. Denn der Anteil am Gesellschaftsvermögen sei mit dem bei Erklärung des Austritts entstehenden Abfindungsanspruch nicht identisch. Auch die unmittelbar geteilt erworbenen Ansprüche aus § 717 S. 2 BGB gehörten aber zum Nachlaß. Sie fielen nur nicht in das Gesamthandvermögen [4]. Damit seien auch die Interessen der Nachlaßgläubiger gewahrt. Im Unterschied zu den anderen Anhängern der Lehre vom Untergang und der Neuentstehung der Mitverwaltungsrechte tritt Prasch also auch insoweit für eine Einzelnachfolge ein.

d) Erwerb der Mitgliedschaft kraft erbrechtlicher Gesamtnachfolge

aa) Gemeinsamer Ausgangspunkt der Vertreter der erbrechtlichen Lösung

Im Gegensatz zu allen bisher dargestellten Auffassungen sehen die Anhänger der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung den Erwerb der Mitgliedschaft durch die Erben in vollem Umfang als erbrechtliche Gesamtnachfolge gemäß §§ 1922 Abs. 1, 1967 Abs. 1 BGB an [5]. Gegenüber dem Einwand, daß

1) Prasch, aaO., S. 64 f.

2) Prasch, aaO., S. 66.

3) Prasch, aaO., S. 67 f.

4) Prasch, aaO., S. 71 f.

5) Staudinger-Boehmer, Rdnr. 162 zu § 1922; Kregel in BGB-RGRK, Rdnr. 14 zu § 1922; Kipp-Coing, Erbrecht, § 91 IV 4 d; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, Rdnr. 5 zu § 139; Schlegelberger-Geßler, Rdnr. 14, 21 zu § 139; Baumbach-Duden, Anm. 3 A zu § 139; Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, S. 215;

die Mitverwaltungsrechte, die keinen unmittelbaren Vermögenswert besitzen, vom Wortlaut des § 1922 Abs. 1 BGB nicht erfaßt werden, verweist man auf die Stellungnahme der I. Kommission [1], es werde nicht zweifelhaft sein, daß auch "Obligationen ohne vermögensrechtliches Interesse des Gläubigers" der Erbfolge unterliegen. Einzelne Verfasser vertreten auch ganz allgemein den Standpunkt, daß der Wortlaut der Vorschrift die Gesamtrechtsnachfolge subjektiver Rechte ohne Vermögenswert nicht hindere, wenn die Vererbbarkeit einer rechtlichen Beziehung besonders bestimmt sei oder auch nur der mit dem Recht verfolgte Zweck dessen Übergang auf die Erben gebiete [2]. Mit Rücksicht auf § 139 HGB, der die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben eines Teilhabers vorsieht, bestehen also auch nach dieser Ansicht keine Bedenken gegen eine Vererbung der Mitgliedschaft.

Die Vertreter der erbrechtlichen Lösung sind sich jedoch trotz der gemeinsamen Ausgangsposition nicht einig, welche Folgen sich aus der Vererbbarkeit der Mitgliedschaft ergeben. Man streitet darüber, ob die Vorschriften über die Erbengemeinschaft auf sämtliche Mitgliedschaftsrechte (bb), nur auf die Vermögensrechte (cc) oder überhaupt nicht (dd) anzuwenden sind. Auch diese Lösungen sollen im Zusammenhang dargestellt werden.

bb) Erwerb der Mitgliedschaft durch die Erbengemeinschaft

Für die Auffassung, die §§ 2032 ff. BGB seien auf sämtliche Mitgliedschaftsrechte anzuwenden, treten nur wenige Autoren ein 3). Und auch sie sind sich nicht

---

Fortsetzung der Fußnote 5 von Seite 46:
Staub-Pinner, Rdnr. 25 zu § 139; Koenige-Teichmann-Koehler, Rdnr. 2 zu § 139; Ritter, Anm. 3 zu § 139; Wieland, Handelsrecht, Bd. I, S. 686 f.; A. Hueck, OHG, S. 296; Würdinger, Gesellschaften, 1. Teil: Recht der Personalgesellschaften, S. 135; Haupt-Reinhardt, Gesellschaftsrecht, S. 67; Esser, Schuldrecht, S. 735; H. Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 92, 133; Fischer in BGB-RGRK, Rdnr. 9 zu § 727; Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 21 zu § 727; Riesenfeld, Die Erbenhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, S. 241; Barella in DB 1953, 140; Glaser in DB 1956, 933; Merkel in BB 1956, 835 (836); A. Hueck in JZ 57, 222 (223); Tiedau in MDR 1957, 641; Petersen in BB 1963, 331 f.; Siebert, GesVertr und Erbr, S. 20; ders. in BB 1956, 837 (838); ders. in NJW 1955, 809 (810); ders. in Steuerberater-Jahrbuch 1955/56, S. 317 (319); Sommer in DNotZ 1936, 937 (940); BGHZ 22, 186 (191); BGH BB 1963, 323; LG Bremen NJW 1954, 477 (478); RG DR 1943, 1224 (1225); KG DNotZ 1955, 418 (421).

1) Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. V, S. 1 f.

2) So Staudinger-Boehmer, Rdnr. 149 zu § 1922; ähnlich Kipp-Coing, § 91 II 2.

3) Wieland, Handelsrecht, Bd. I, S. 689; Eiselt in AcP 158, 319 ff.; Buchwald in AcP 154, 22 ff.; ders. in JR 1955, 173 ff.; Scholz in JR 1955, 331 f.; wohl auch

einig, ob die Miterbengemeinschaft dauernd oder nur vorübergehend Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft sein könne. Eiselt [1] hält eine solche gemeinschaftliche Mitgliedschaft ohne zeitliche Begrenzung für möglich, will aber den Mitgesellschaftern das Recht zubilligen, die Auseinandersetzung zu verlangen. Unter Berufung auf Hirsch [2] wendet er sich gegen eine Durchbrechung des Prinzips der Gesamtrechtsnachfolge, zumal Art. 2 EGHGB die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften nur insoweit für unanwendbar erkläre, als das Handelsgesetzbuch abweichende Bestimmungen enthalte [3].

Von diesem Grundsatz her versucht er die These der herrschenden Meinung, eine Erbengemeinschaft könne weder im Rechtsverkehr als selbständige Einheit auftreten noch unbeschränkt haften, zu widerlegen [4] und geht dann auf § 139 HGB ein. Nach seiner Ansicht läßt sich dieser Vorschrift nur entnehmen, daß jeder Erbe einen Antrag stellen dürfe, Kommanditist zu werden. Das aber sei selbst nach herrschender Auffassung keine Verfügung über einen Nachlaßgegenstand, sondern nur eine Ausgestaltung der persönlichen Haftung. Die selbständige Gesellschafterstellung außerhalb der Gemeinschaft der Erben müsse der künftige Teilhaber erst "in Verfolg seines Antrages" erhalten [5]. Sie sei daher nicht Voraussetzung, sondern Rechtsfolge dieses Antrages aus § 139 Abs. 1 HGB. Und zwar trete mit dem Angebot des Miterben an die Altgesellschafter, Kommanditist zu werden, eine Teilauseinandersetzung kraft Gesetzes ein [6]. Dieses Ergebnis begründet Eiselt dann mit Zweckmäßigkeitserwägungen. Nach seiner Ansicht hängt es also vom Verhalten der einzelnen Miterben ab, ob und wie lange die Erbengemeinschaft Teilhaber der Gesellschaft bleibt [7].

Im Gegensatz dazu sind die anderen [8] Autoren, die für die Mitgliedschaft

---

Fortsetzung der Fußnote 3 von Seite 47:
Staub-Pinner, Rdnr. 7 zu § 139, siehe aber auch Rdnr. 14 zu § 139; offenbar auch Hirsch, Praktische Fälle aus dem Handels- und Wirtschaftsrecht mit Lösungen, S. 88 ff., zumindest für die Nachfolge in die Kommanditbeteiligung; offenbar auch Donner in DR 1943, 1205 ff. (1206); unklar ders. in DNotZ 1944, 143 (145); aus der Rechtsprechung zur OHG: KGJ 49, 109 ff.; zur KG: KG OLG 27, 337 ff.; RGZ 123, 366 ff.

1) Eiselt, aaO., S. 324.
2) Hirsch, aaO., S. 88.
3) Eiselt, aaO., S. 321.
4) Eiselt, aaO., S. 322 ff.
5) Eiselt, aaO., S. 325
6) Eiselt, aaO., S. 326.
7) So für die Kommanditgesellschaft im Ergebnis auch Hirsch, aaO., S. 88 f.; früher auch die Rechtsprechung KG OLG 27, 337 ff.; RGZ 123, 366 ff.
8) Unklar Donner in DR 1943, 1205 (1206) und in DNotZ 1944, 143 (145).

der Erbengemeinschaft eintreten, der Ansicht, dieser Zustand sei nur vorübergehender Natur. Pinner [1], der zwar jedem Miterben das Recht auf Bestimmung seiner künftigen Stellung in der Gesellschaft gemäß § 139 HGB einräumt, eine unterschiedliche Ausübung dieser Rechte durch die einzelnen Erben aber von der vorherigen Auseinandersetzung oder der Existenz einer letztwilligen Teilungsanordnung (§ 2048 BGB) abhängig machen will, hält selbst mehrere voll haftende Erben-Gesellschafter nicht für eine Einheit [2]. Anscheinend genügt es ihm, daß die Frist für die Ausübung der Rechte gemäß § 139 Abs. 3 S. 1 HGB ungenutzt verstreicht, um eine Auseinandersetzung anzunehmen. Und wohl ebenso ist Wielands Bemerkung [3] zu verstehen, die Mitgliedschaftsrechte lösten sich aus dem Zusammenhang mit dem Nachlaß, sobald die Erben der Gesellschaft beigetreten seien. Doch fehlt diesen Behauptungen jegliche Begründung.

cc) Beschränkung der Erbengemeinschaft auf die vermögensrechtlichen Beziehungen der Mitgliedschaft

Eine andere Gruppe von Autoren [4] lehnt es ab, die Erbengemeinschaft als Mitglied der Gesellschaft aufzufassen. Ihre Vertreter sind übereinstimmend der Ansicht, daß die Miterben als einzelne die Gesellschaft mit den übrigen Teilhabern fortsetzen. Lediglich die übertragbaren Vermögensrechte (§ 717 S. 2 BGB) sollen den Erben in ungeteilter Erbengemeinschaft zustehen.

Flechtheim [5] beruft sich auf § 139 Abs. 1 HGB, der schon nach seinem Wortlaut von der Einzelnachfolge ausgehe. Diese Sondervorschrift durchbreche einerseits das individualistische Prinzip der OHG, weil sie die Vererblichkeit der Mitgliedschaft vorsehe, andererseits Grundsätze des Erbrechts, weil sie die einzelnen Erben Teilhaber werden lasse. Die Abweichungen seien daher zu beschränken. Der gemeinschaftliche Nachlaß umfasse darum zwar nicht die Mitgliedschaft, wohl aber die übertragbaren Vermögensrechte. Jeder Erbe stehe also einem Teilhaber gleich, der diese Rechte abgetreten habe. Küster [6] meint, die Mitgliedschaftsrechte seien im Gegensatz zur wirtschaftlichen Beteiligung nicht in der

1) Staub-Pinner, Rdnr. 7 zu § 139.

2) Staub-Pinner, Rdnr. 14 zu § 139. Eine Auseinandersetzung verlangen auch Koenige-Teichmann-Koehler Rdnr. 4 zu § 139. Was geschieht, wenn diese nicht erfolgt, bleibt offen.

3) Wieland, Handelsrecht, Bd. I, S. 689.

4) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, Rdnr. 22 zu § 139; Kipp-Coing, Erbrecht, § 91 IV 4 d; A. Hueck, OHG, S. 300 Anm. 25; Küster in DNotZ 1956, 460 (467); wohl auch Schlegelberger-Geßler, Rdnr. 25 zu § 139; Baumbach-Duden, Anm. 4 B und 5 zu § 139.

5) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, Rdnr. 15, 22 zu § 139.

6) Küster, aaO., S. 467.

Weise vererbungsfähig, daß sie in das Gesamthandvermögen der Erbengemeinschaft fallen könnten. Und Coing [1]) entnimmt der Absicht des Gesetzgebers, mit Hilfe des Art. 123 ADHGB und des § 139 HGB nur die Fortsetzung der Gesellschaft beim Tode eines Teilhabers zu regeln, daß kein Grund vorliege, die durch das Prinzip der Universalsukzession geschützten Interessen der Miterben, der Pflichtteilsberechtigten und der Nachlaßgläubiger hinter die der Mitgesellschafter zurücktreten zu lassen. Er zieht daraus den Schluß, daß der Anteil des Erblassers am Gesellschaftsvermögen Bestandteil des Nachlasses, also wohl des Gesamthandvermögens, werde. Ähnliche Auffassungen wurden in der Rechtsprechung kurz vor und nach Beginn des zweiten Weltkrieges vertreten [2]). Allen diesen Äußerungen liegt der Gedanke zugrunde, daß die Vorschriften über die Erbengemeinschaft nur soweit zurücktreten müssen, wie zwingende gesellschaftsrechtliche Grundsätze es erfordern.

dd) Uneingeschränkter Erwerb der Mitgliedschaft durch die einzelnen Erben

Im Unterschied zu den bisher angeführten Anhängern der erbrechtlichen Lösung, die zumindest einzelne Mitgliedschaftsrechte dem gemeinschaftlichen Nachlaß zurechnen, stehen die Vertreter der wohl herrschenden Meinung auf dem Standpunkt, die Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters gehe ohne Einschränkung kraft Erbfolge auf die einzelnen Miterben über [3]). Soweit diese Behauptung begründet wird, verweist man darauf, daß nach herrschender Ansicht die Miterbengemeinschaft im Rechtsverkehr weder als geschlossene Einheit auftreten noch eine unbeschränkte Haftung übernehmen könne [4]). Auch wird aus der Tatsache, daß § 139 HGB jedem Miterben gewisse Rechte einräumt, auf den Willen des Gesetzgebers geschlossen, die Mitgliedschaft unmittelbar auf die einzelnen Erben übergehen zu lassen [5]). Doch setzen sich nur wenige Autoren mit dem Argument auseinander, daß die Vorschriften über die Erbengemeinschaft nicht einfach beiseitegeschoben werden dürften.

---

1) Kipp-Coing, aaO., § 91 IV 4 d.

2) RG DNotZ 1936, 209 (Nr. 14); KG JW 1935, 1794 f.; KG DR 1942, 731 f.

3) Staudinger-Boehmer, Rdnr. 162 zu § 1922; Kregel in BGB-RGRK, Rdnr. 14 zu § 1922; Schultze-v. Lasaulx in Soergel-Siebert, Rdnr. 13 zu § 727; Siebert, GesVertr und Erbr, S. 21 ff.; BGHZ 22, 186 (191); KG DNotZ 1955, 418 (421).

4) Fischer in BGB-RGRK, Rdnr. 9 zu § 727; Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 21 zu § 727; Baumbach-Duden Anm. 2 A zu § 138; A. Hueck, OHG, S. 300; Schultze-v. Lasaulx in Soergel-Siebert, Rdnr. 13 zu § 727; KG DNotZ 1955, 418 (421); BGHZ 22, 186 (191 ff.).

5) Kipp-Coing, Erbrecht, § 91 IV 4 d; RG DR 1943, 1224 (1225); KG DNotZ 1955, 418 (420); Prasch, Unmittelbare Nachfolge, S. 54 ff.; A. Hueck, OHG, S. 300; Schultze-v. Lasaulx in Soergel-Siebert, Rdnr. 13 zu § 727; KG DNotZ 1955, 418 (421); BGHZ 22, 186 (191 ff.).

Siebert [1] vertritt wie die meisten Anhänger der herrschenden Meinung den Standpunkt, daß schon kraft Gesellschaftsrechts eine Erbengemeinschaft nicht Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft sein könne. Die gesellschaftsrechtliche Nachfolgeklausel und die gesetzliche Erbenbestimmung stünden daher in einem Gegensatz zueinander, der sich nur mit Hilfe einer Sondererbfolge lösen lasse, wie sie für das Höfe- und Heimstättenrecht anerkannt sei. Jede andere Lösung verstoße gegen das Gesetz [2]. Den entscheidenden Grund für die Richtigkeit seiner Behauptung sieht er in der persönlichen Natur der Mitgliedschaft. Das erbrechtliche Gesamthandprinzip eigne sich zwar für die Bindung von Vermögen, an dem mehrere beteiligt seien, es widerspreche aber dem persönlichen Charakter der Gesellschafterstellung. Die Mitgliedschaft gehe infolgedessen unmittelbar auf die einzelnen Miterben über und gehöre mindestens insoweit zum Nachlaß, als ihr Wert bei der Auseinandersetzung einzubeziehen sei [3] [4].

Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt Liebisch [5]. Er geht davon aus, daß die Beteiligung an einer Personenhandelsgesellschaft wegen ihres personenrechtlichen Gehaltes und der uneinheitlichen Vermögensstruktur ein Sondergut sei, das eine Einheit bilde [6]. Diese Gestaltung finde der Erbfall vor. Die Teilhaberschaft könne zwar vererbt werden. Und durch die Bindung an die Gesellschaft werde sie auch nicht der Vollstreckung durch die Nachlaßgläubiger entzogen. Die besonderen Eigenschaften, die sich aus der Zusammensetzung ihrer Bestandteile ergäben, ließen es jedoch nicht zu, die Mitgliedschaft unterschiedslos den erbrechtlichen Regeln zu unterwerfen. Wo die Beteiligung nicht Vollstreckungsobjekt sei, bewirke vielmehr "ihre Sondergutseigenschaft die vollständige Ausklammerung aus dem Nachlaß". Daher unterliege sie weder den Vorschriften über die Erbengemeinschaft noch denen über die Testamentsvollstreckung [7]. Für Liebisch besteht also augenscheinlich kein Gegensatz zwischen Erbrecht und Gesellschaftsrecht.

---

1) Siebert, GesVertr und Erbr, S. 21.
2) Siebert, aaO., S. 24.
3) Siebert, aaO., S. 24.
4) Wie Siebert auch Holch, Kann die Mitgliedschaft eines OHG-Gesellschafters in seinen Nachlaß und damit in die Verwaltung eines Testamentsvollstreckers fallen?, S. 48 ff., insbes. S. 58; Schultze-v. Lasaulx in Soergel-Siebert, Rdnr. 13 zu § 727.
5) Liebisch in ZHR 116, 128 ff.
6) Liebisch, aaO., S. 133 ff., 137.
7) Liebisch, aaO., S. 138 f.

2. Erbrechtliche Einzelnachfolge und zweckbedingte Zugehörigkeit zum gemeinschaftlichen Nachlaß

a) Die Vererblichkeit der einzelnen Mitgliedschaftsrechte

Die unterschiedlichen Versuche, den Übergang der Mitgliedschaft in einer offenen Handelsgesellschaft auf mehrere Erben zu erklären, lassen zwei Schwerpunkte der Auseinandersetzung erkennen. Einmal ist bestritten, in welchem Umfange die einzelnen Mitgliedschaftsrechte vererbt werden können. Und zum anderen gehen die Meinungen darüber auseinander, in welcher Weise die Vererbung durch die Vorschriften über die Erbengemeinschaft beeinflußt wird. Es muß daher zunächst einmal untersucht werden, welche Mitgliedschaftsrechte vererblich sind.

aa) Die Gruppe der Wertrechte und -pflichten umfaßt nach der für diese Arbeit zugrunde gelegten Gliederung [1] alle Ansprüche, die sich aus dem Mitgliedschaftsverhältnis ergeben. Haben diese Ansprüche Vermögenscharakter, ergibt sich die Möglichkeit ihrer Vererbung bereits aus den §§ 1922, 1967 Abs. 1 BGB. Fehlt er ihnen, wie etwa den Auskunftsrechten und -pflichten, so läßt sich der Übergang im Wege der Gesamtnachfolge jedoch gleichfalls rechtfertigen. Denn mit Boehmer [2] ist davon auszugehen, daß der Hinweis auf den Vermögenswert in § 1922 Abs. 1 BGB lediglich einen Anhalt für die Unterscheidung vererblicher und unvererblicher Rechte geben soll, nicht aber eine zwingende Grenze zieht. Und da § 139 HGB die Vererbung wenn schon nicht anordnet, so doch auf jeden Fall voraussetzt - bedürfte es doch sonst nicht dieser Regelung, um den Erben vor der unbeschränkten Haftung für Gesellschaftsschulden zu bewahren -, so sind auch diejenigen Wertrechte und -pflichten für vererblich zu halten, denen ein Vermögenswert nicht zukommt. Andernfalls stünden beide Vorschriften ihrem Zweck nach im Widerspruch zueinander. Dieses Ergebnis wird durch die Überlegung bestätigt, daß es sich bei den Wertrechten der genannten Art um Ansprüche handelt, die lediglich die vermögensrechtlichen Beziehungen der Gesellschaften untereinander ergänzen [3], also auch deren Schicksal teilen müssen. Der herrschenden Meinung [4], die die Vererblichkeit der Mitgliedschaft bejaht, ist im Hinblick auf die Wertrechte und -pflichten mithin zuzustimmen.

bb) Die Vererbung des Sachanteils des Erblassers, jener unmittelbaren Mitberechtigung an den Gegenständen des Gesamthandvermögens bei mehrheitlicher

---

1) S. o. S. 31.

2) Staudinger-Boehmer, Rdnr. 67, 149 zu § 1922, Einl. zum Erbrecht, § 28, Rdnr. 26, 28.

3) Boehmer bezeichnet Ansprüche auf Auskunfterteilung und Rechenschaftslegung treffend als Hilfsrechte. Staudinger-Boehmer, Rdnr. 203 zu § 1922.

4) S. o. S. 46 f.

Zuständigkeit [1], unterliegt denselben Grundsätzen. Zwar ist der Sachanteil kein subjektives Recht. Er setzt sich aber aus den Befugnissen zusammen, die die jeweils im Gesamthandvermögen vereinigten subjektiven Rechte gewähren, wenn diese auch durch die Bindung an den Gesellschaftszweck und die Mitberechtigung der anderen Gesamthänder eingeschränkt sind. Diese Beschränkungen stehen jedoch einer Vererbung nicht entgegen, weil sie trotz des Wechsels in der Person des Berechtigten unverändert erhalten bleiben. Der Erwerber ist durch die Mitberechtigung der übrigen Teilhaber und die Zweckbindung in gleichem Umfang gehindert, gesellschaftsfremde Ziele zu verfolgen, wie sein Vorgänger. Infolgedessen ist auch der Sachanteil vererblich.

cc) Dagegen könnte es zweifelhaft sein, ob auch die zu den Mitverwaltungsrechten gehörenden Organisationsgestaltungsrechte [2] im Wege der Gesamtnachfolge auf die Erben übergehen. Diese Zweifel gründen sich allerdings nicht auf die vereinzelt vertretene Auffassung [3], daß die Mitverwaltungsrechte höchstpersönlich seien. Denn dabei wird übersehen, daß es nur dann Sinn hat, von höchstpersönlichen, also ausschließlich an die Person des Trägers gebundenen Rechten zu sprechen, wenn diese tatsächlich nur ihm zustehen können. Das aber ist bei Vereinbarung einer Nachfolgeklausel gerade nicht der Fall.

Zweifel könnten sich aber daraus ergeben, daß die Organisationsgestaltungsrechte im Unterschied zu den Wertrechten und -pflichten und zum Sachanteil den Nachfolgern die Möglichkeit einräumen, auf das Gesellschaftsverhältnis einzuwirken und so auch die Rechte und Pflichten der übrigen Teilhaber zu verändern. So wäre es denkbar, daß der Gesellschaftsvertrag dem Erblasser das Recht einräumte, seine Einlagepflicht einseitig herabzusetzen oder die einzelner anderer oder auch aller Teilhaber durch einseitige Gestaltung des Gesellschaftsvertrages zu erhöhen. Es bedarf keiner Ausführungen, daß solche Befugnisse in der Hand des Erben erhebliche Risiken für die übrigen Teilhaber in sich bergen können, die es angezeigt erscheinen lassen, sie nur besonders vertrauenswürdigen Mitgliedern einzuräumen. Doch läßt sich daraus nicht ableiten, daß sie notwendig unvererblich seien. Denn den Teilhabern steht es frei, einzelne oder alle der im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Gestaltungsrechte nur dem Erblasser oder auch seinen Erben einzuräumen. Da sie inhaltlich bestimmt sein müssen, kann jeder Teilhaber die Risiken abschätzen. Die Gefahren, die sich aus der Möglichkeit ergeben, das Rechtsverhältnis der Gesellschafter durch inhaltliche Gestaltung oder Änderung oder durch Beendigung zu beeinflussen, rechtfertigen es daher nicht, die Organisationsgestaltungsrechte für nicht vererblich zu halten. Im Gegenteil läßt

1) S. o. S. 30 f.

2) S. o. S. 32.

3) Vgl. die oben S. 45 zitierten Autoren.

sich der mit diesen Rechten verfolgte Zweck häufig nur erreichen, wenn sie auch dem Erben zustehen. Unter diesen Umständen kann auch der fehlende Vermögenswert nicht hindern, die Organisationsgestaltungsrechte wie die Gestaltungsrechte außerhalb von Mitgliedschaftsverhältnissen [1] als vererblich anzusehen.

dd) Die letzte Gruppe der Mitgliedschaftsbestandteile, die Organschaftsbefugnisse [2], sind in noch weit größerem Ausmaß geeignet, die übrigen Gesellschafter zu gefährden. Denn sie geben dem Befugten die Möglichkeit, auf den Rechtskreis der anderen Mitberechtigten einzuwirken, sie zu berechtigen, sie zu verpflichten, über die gemeinschaftlichen Rechte zu verfügen oder sie auszuüben. Doch bestehen derartige Bedenken nicht nur bei Organschaftsbefugnissen, also innerhalb von Gesellschaftsverhältnissen, sondern allgemein bei Machtbefugnissen, die die Einwirkung auf einen fremden Rechtskreis ermöglichen. Gestattet die geltende Rechtsordnung die Vererbung solcher Machtbefugnisse, so ist gegen die Vererbung mitgliedschaftlicher Befugnisse dieser Art gleichfalls nichts einzuwenden.

§ 168 S. 1 BGB legt fest, daß das Erlöschen der Vollmacht sich nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis bestimmt. Dementsprechend erlischt die Vollmacht beim Tode des Vollmachtgebers im Zweifel ebensowenig wie der Auftrag (§ 672 S. 1 BGB). Das ist allgemein anerkannt [3]. Die Rechte und Pflichten aus dem Auftrag gehen dann gemäß §§ 1922 Abs. 1, 1967 Abs. 1 BGB auf den Erben über, den auch die Folgen der im Rahmen der Vollmacht abgeschlossenen Rechtsgeschäfte treffen. Dagegen erlischt der Auftrag durch den Tod des Beauftragten (§ 673 S. 1 BGB), so daß gemäß § 168 S. 1 BGB auch die Vollmacht untergeht. Doch gilt auch diese Regelung nur im Zweifel. Den Vertragsparteien steht es also frei, eine andere Vereinbarung zu treffen, so daß der Erbe des Beauftragten gemäß §§ 1922, 1967 Abs. 1 BGB an dessen Stelle tritt. Dann müßte nach dem in § 168 S. 1 BGB festgelegten Grundsatz aber auch die Vertretungsmacht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den Erben übergehen.

Die Meinungen hierüber in der Literatur sind geteilt. Einige Autoren betrachten die Vollmacht mit Rücksicht auf das Vertrauensverhältnis zum Voll-

---

1) Vgl. etwa Staudinger-Boehmer, Rdnr. 203 zu § 1922; Lange, Lehrbuch des Erbrechts, S. 41; Kregel in BGB-RGRK, Rdnr. 16 zu § 1922 (für das Anfechtungsrecht).

2) S. o. S. 32.

3) Kuhn in BGB-RGRK, Rdnr. 6 zu § 168; Staudinger-Coing, Rdnr. 3 zu § 168; Planck-Flad, Anm. 1b zu § 168; Schultze-v. Lasaulx in Soergel-Siebert, Rdnr. 14 zu § 168; Palandt-Danckelmann, Anm. 1 zu § 168.

machtgeber als erloschen [1]. Doch vertreten sie zum Teil den Standpunkt, den Erben könne von vornherein eine selbständige bedingte Vollmacht erteilt werden [2]. Andere Autoren berufen sich auf § 168 S. 1 BGB und wollen die Vertretungsmacht auf den Erben übergehen lassen [3].

Diese Ansicht dürfte der Interessenlage am besten gerecht werden. Die Gegner einer Vererbung der Vertretungsmacht beachten nicht genügend, daß es dem Vollmachtgeber freisteht, das zugrundeliegende Kausalverhältnis zu gestalten. Hält er es beispielsweise für zweckmäßig, die Rechte und Pflichten aus einem Auftrag auf den Erben übergehen zu lassen, so kann er diesen Erfolg durch entsprechende Vereinbarungen mit dem Erblasser herbeiführen (§§ 673 S. 1; 1922 Abs. 1, 1967 Abs. 1 BGB). Dann aber erscheint es allein sinnvoll, dem Erben als dem Nachfolger des Beauftragten die Ausführung des Auftrages dadurch zu ermöglichen, daß auch die Vertretungsmacht auf ihn übergeht. Der Hinweis auf das besondere Vertrauen, das der Bevollmächtigte genieße, kann eine andere Entscheidung nicht rechtfertigen. Denn in zahlreichen Fällen ist für die Erteilung eines Auftrages in gleichem Ausmaß Vertrauen erforderlich. Außerdem zeigt der Versuch, den Erben von vornherein bedingt zu bevollmächtigen, daß die Gegner der Vererbung der Vertretungsmacht im Interesse der Vollmachtgeber nach einer Lösung suchen müssen, um ihr wenig sachgerechtes Ergebnis zu berichtigen. Welche Schwierigkeiten sich daraus ergeben, daß der Vollmachtgeber ihm unbekannte Erben bevollmächtigen soll, braucht nicht weiter ausgeführt zu werden. Mit Recht halten einige Autoren diese Lösung daher für gekünstelt [4]. Da nach dem Zweck des § 1922 Abs. 1 BGB auch eine Vererbung solcher Rechte möglich ist, die über keinen Vermögenswert verfügen [5], kann folglich auch die Vertretungsmacht zusammen mit den Rechten und Pflichten aus dem Kausalverhältnis vererbt werden.

---

1) Hupka, Die Vollmacht, S. 380 f.; Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß, S. 864; Brodmann in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. IV 2, S. 129, insbes. Anm. 2; Kuhn in BGB-RGRK, Rdnr. 7 zu § 168 verweist darauf, daß die Vollmacht kein Vermögensrecht sei. Auch er hält die Vollmacht also wohl für nicht vererblich.

2) Hupka, aaO., S. 380; Rosenberg, aaO., S. 864.

3) Planck-Flad, Anm. 1 b zu § 168; Oertmann, Allgemeiner Teil, Anm. 1 e ß zu § 168; Herbst, Das Erlöschen der Vollmacht nach heutigem Recht, S. 28; wohl auch Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, II. Bd., S. 456; von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 2, S. 402, 416; Hoelder, Anm. 1 c zu § 168; unklar Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I, S. 212.

4) Oertmann, Anm. 1 e ß zu § 168; ebenso Herbst, aaO., S. 28; wohl auch Planck-Flad, Anm. 1 b α zu § 168.

5) S. o. S. 52 ff.

Berücksichtigt man, daß die Folgen der Ausübung von Organschaftsbefugnissen bei der Gesellschaft nicht nur die übrigen Mitglieder, sondern zugleich auch immer den handelnden Teilhaber selbst treffen, so werden die Gefahren aus der Vererbung solcher Machtbefugnisse weiter vermindert. Dann bestehen aber erst recht keine Bedenken, auch diese Mitgliedschaftsrechte im Wege der Gesamtnachfolge auf die Erben übergehen zu lassen.

ee) Die Untersuchung hat damit die in Literatur und Rechtsprechung herrschende Meinung [1] bestätigt, daß die Mitgliedschaftsrechte und -pflichten durch Vereinbarung einer Nachfolgeklausel ihres höchstpersönlichen Charakters entkleidet und in dem Umfange vererblich werden, den der Gesellschaftsvertrag vorsieht.

b) Die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Erbengemeinschaft

aa) Der Ausgangspunkt der Untersuchung

Mit der Feststellung, daß die Mitgliedschaft in einer offenen Handelsgesellschaft vererbt werden kann, wenn der Gesellschaftsvertrag eine Nachfolgeklausel enthält, ist der Weg frei für die Erörterung der Probleme, die sich aus den Sondervorschriften des bürgerlichen Rechts für Erbenmehrheiten ergeben. Sie sehen vor, daß mehrere Erben eine Gemeinschaft bilden, der der Nachlaß zur gesamten Hand zusteht (§§ 2032 ff. BGB). Jeder Erbe ist also nur mitberechtigt. Erst im Zuge der Auseinandersetzung wird der gemeinschaftliche Nachlaß aufgeteilt und jeder Miterbe erhält die auf ihn entfallenden Nachlaßgegenstände zur alleinigen Verfügung übertragen. Fielen auch die Mitgliedschaftsrechte in den gemeinschaftlichen Nachlaß, so stünden sie bis zur Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft zu. Erst mit der Auseinandersetzung erhielten die einzelnen Miterben den ihnen zustehenden Teil der Mitgliedschaft. Erst von diesem Augenblick an wären sie selbständige Gesellschafter.

Eine solche in erster Linie erbrechtlichen Bestimmungen folgende Gestaltung der Nachfolge in die Mitgliedschaft wird, wie der Überblick über die in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansichten gezeigt hat [2], nur von wenigen Autoren [3] für möglich gehalten. Im allgemeinen wird angenommen, daß eine Erbengemeinschaft aus strukturellen oder haftungsrechtlichen Gründen oder infolge der Regelung der Nachfolgerrechte in § 139 HGB nicht Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft werden könne. Und dem sich daraus ergebenden Konflikt zwischen Erbrecht und Gesellschaftsrecht versucht man zu entgehen, indem man entweder die Vorschriften über die Erbengemeinschaft aus gesellschaftsrechtlichen Gründen ganz oder teilweise für unanwendbar erklärt [4] oder die Nachfolge gar nicht erst

1) S. o. S. 41 f., 46 f.

2) S. o. S. 43 ff.

3) S. o. § 2 B III 1 d, bb, S. 47 ff.

4) S. o. § 2 B III 1 d, cc und dd, S. 49 und 50 ff.

als erbrechtlichen Vorgang ansieht [1]. Die Vorfrage, ob denn die Vorschriften über die Erbengemeinschaft nach ihrem Sinn und Zweck die Mitgliedschaftsrechte überhaupt erfassen, ob also nicht schon aus Gründen des Erbrechts die Mitgliedschaft nicht in den ungeteilten Nachlaß fällt, wird nirgends erörtert. Diese Frage geht aber logisch dem vor. Erst wenn feststeht, daß die Bestimmungen über die Erbengemeinschaft nach ihrem Zweck die Mitgliedschaft erfassen, kann geklärt werden, ob Gründe des Gesellschaftsrechts ein Abgehen von diesem Grundsatz erforderlich machen.

bb) Der Normzweck der Vorschriften über die Erbengemeinschaft

Die Vorschriften über die Erbengemeinschaft haben in erster Linie die Aufgabe, den Nachlaß zusammenzufassen, um die Befriedigung der Nachlaßgläubiger zu gewährleisten [2]. Ihre Rechte sollen nicht dadurch beeinträchtigt werden, daß eine Vielzahl ihnen unbekannter Erben die Nachfolge des Erblassers, ihres Schuldners, antritt. Die gesamthänderische Bindung dient hier also vor allem der Erhaltung der Vollstreckungsgrundlage und der leichteren Durchsetzung der Ansprüche gegen den Nachlaß.

Erst in zweiter Linie erlangt das Interesse des Erblassers Bedeutung, wertvolle wirtschaftliche Einheiten oder irgendwelches Familiengut [3] oder überhaupt sein Vermögen der Familie oder den sonst von ihm Begünstigten zu erhalten. Soweit er dieses Ziel dadurch zu erreichen sucht, daß er einzelne Gegenstände oder wirtschaftliche Einheiten gleich welcher Art bestimmten Angehörigen unter zweckentsprechenden Beschränkungen zuweist, stellen die gesamthänderische Bindung der Erbengemeinschaft und das Verbot dinglicher Vermächtnisse (§ 2174 BGB) lediglich Hindernisse für ihn dar. Will er dagegen nur verhindern, daß sein Vermögen sogleich nach seinem Tode verteilt wird, kann er die Auseinandersetzung für bestimmte Zeit ganz oder teilweise ausschließen (§ 2044 BGB). Hieran sind die Erben gebunden. Doch sind diese Maßnahmen zeitlich beschränkt (§ 2044 Abs. 2 BGB). Außerdem steht den Erben bis zur Auseinandersetzung ein Anteil am jährlichen Reinertrag zu (§ 2038 Abs. 2 BGB). Auch ihre Interessen werden also bis zu einem gewissen Umfang gewahrt. Die Vorschriften über die gemeinschaftliche Verwaltung und die gemeinschaftlichen Verfügungen verfolgen hier mithin den Zweck, den Nachlaß über den Tod des Erblassers hinaus rechtlich zu binden.

---

1) S. o. § 2 B III 1 a-c, S. 43 ff.

2) Staudinger-Lehmann, Rdnr. 1, Vorbem. vor § 1922; Lange, Lehrbuch des Erbrechts, S. 543; Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. III 2, S. 1003; Kipp, Erbrecht, § 82 I; Bartholomeyczik in der 4. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, S. 120 (121 f.).

3) Vgl. zu den Interessen der Beteiligten Staudinger-Lehmann, aaO., und Lange, aaO., S. 538; Endemann, aaO., S. 1004; Bartholomeyczik, aaO., S. 121.

Endlich werden auch die Interessen der Miterben berücksichtigt. Je nach dem Spielraum, den der Erblasser seinen Erben einräumt, können diese die Nachlaßgegenstände untereinander mehr oder minder frei verteilen. Der Gesetzgeber hat in den §§ 2042 ff. BGB lediglich einige Grundregeln aufgestellt, die dann angewandt werden sollen, wenn die Miterben sich nicht zu einigen vermögen. Aber auch hier ist die Bindung des Gesamthandvermögens erforderlich. Denn nur so werden die Erben gezwungen, sich über die Auseinandersetzung zu einigen, weil alle bei Verfügungen über die Nachlaßgegenstände mitwirken müssen (§ 2040 Abs. 1 BGB). [1] Die gesamthänderische Bindung führt auf diese Weise einen gerechten Interessenausgleich herbei.

Kann die Mitgliedschaft in einer offenen Handelsgesellschaft keinem dieser Zwecke unterliegen, besteht auch kein Bedürfnis, sie den Vorschriften über die Erbengemeinschaft zu unterstellen. Ob diese Voraussetzung gegeben ist, hängt nicht zuletzt davon ab, ob und in welchem Umfang die Mitgliedschaft übertragen werden kann. Diese Frage soll daher als nächstes erörtert werden.

cc) Die Übertragbarkeit der Mitgliedschaftsrechte

Die Übertragbarkeit von Mitgliedschaftsrechten ist für die nach dem Gesamthandprinzip organisierten Gesellschaften, also auch für die offenen Handelsgesellschaften (§ 105 Abs. 2 HGB), in den §§ 717, 719 BGB geregelt. Und zwar ordnet § 717 BGB die Übertragung einzelner Mitgliedschaftsrechte, also ihre Trennung von der Mitgliedschaft, während § 719 BGB den rechtsgeschäftlichen Übergang der Mitgliedschaft selbst, d.h. der mit allen Mitgliedschaftsrechten und -pflichten verbundenen Gesellschafterstellung, behandelt. Der zuletzt genannte Fall interessiert hier in erster Linie.

Gemäß § 719 Abs. 1 BGB kann ein Gesellschafter weder über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen noch über den Anteil an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen. Danach scheint ein Übergang der Mitgliedschaft kraft Rechtsgeschäfts ausgeschlossen. Nach herrschender Meinung [2] ist jedoch nur die zuletzt genannte Alternative zwingender Natur. Sie schließt jede Verfügung über Anteile an den Gegenständen des Gesamthandvermögens aus, um dieses dem Gesellschaftszweck zu erhalten. Die Verfügung über den Anteil am Gesamthandvermögen und damit über die Mitgliedschaft wird demgegenüber nur untersagt, um zu verhindern, daß ein Gesellschafter die übrigen zwingt, die Gesellschaft mit

---

1) Siehe auch Bartholomeyczik, aaO., S. 121, der besonders das Interesse der Erben, die Nachlaßverbindlichkeiten zu erfüllen, betont.

2) Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 9 zu § 719; Fischer in BGB-RGRK, Rdnr. 6 zu § 719; Düringer-Hachenburg-Geiler, Bd. II 1, Allgemeine Einleitung, Rdnr. 22, 24; Erman-Schulze-Wenck, Anm. 1 b zu § 719; Palandt-Gramm, Anm. 2 b zu § 719; Schultze-v. Lasaulx in Soergel-Siebert, Rdnr. 10 zu § 719; RGZ 93, 292 (294).

dem an seine Stelle tretenden Erwerber gegen ihren Willen fortzusetzen. Abweichende Vereinbarungen sind daher zulässig [1]. Sieht mithin der Gesellschaftsvertrag einer offenen Handelsgesellschaft die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft vor, so steht es jedem Teilhaber frei, einen Nachfolger an seiner Stelle in die Gesellschaft aufzunehmen.

Damit ist jedoch noch nicht geklärt, ob auch die einzelnen Mitgliedschaftsrechte übertragen werden können. Diese Frage regelt § 717 BGB. Über die in § 717 S. 2 BGB aufgezählten Wertrechte dürfen die Teilhaber frei verfügen. Für die Gesellschaft ist es gleichgültig, ob ein Teilhaber oder ein Dritter Zahlung verlangt. Die sonstigen Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis, und hierher gehören nach herrschender Meinung auch die Mitverwaltungsrechte, sind dagegen für sich allein unübertragbar (§ 717 S. 1 BGB). Welche Gründe dafür maßgebend sind, ist allerdings umstritten. Früher wurde überwiegend die Ansicht vertreten [2], auch diese Vorschrift sei eine Folge des engen Vertrauensverhältnisses. Die Rechte seien wie die Mitgliedschaft höchstpersönlich. Diesem Zweck entsprechend könne § 717 S. 1 BGB daher auch abbedungen werden. Demgegenüber dringt in neuerer Zeit immer mehr die Auffassung [3] vor, daß § 717 S. 1 BGB die Übertragung einzelner Mitgliedschaftsrechte auf nicht zur Gesellschaft gehörende Dritte zwingend ausschließe. Und zwar soll sich diese Rechtsfolge aus dem Wesen der Gesellschaft oder aus Grundgedanken des Gesellschaftsrechts ergeben.

Darin steckt zumindest ein richtiger Kern. Die Anhänger der neuen Lehre haben zutreffend erkannt, daß es Bestandteile der Mitgliedschaft gibt, die dem Teilhaber nicht entzogen werden könnten, ohne daß er auch seine Gesellschafterstellung verlöre [4]. Hierzu gehören die unmittelbare Mitberechtigung, das Recht, aus wichtigem Grunde zu kündigen, Kontrollrechte und Informationsrechte, um

---

1) Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 4 zu § 719; Fischer in BGB-RGRK, Rdnr. 1 f zu § 719; Palandt-Gramm, Anm. 2 b zu § 719; Düringer-Hachenburg-Geiler, aaO., Rdnr. 26; Erman-Schulze-Wenck, Anm. 1a zu § 719; a.A. Schultze-v. Lasaulx in Soergel-Siebert, Rdnr. 2 ff. zu § 719, die aber von der h.M. nur insoweit abweichen, als sie § 719 BGB nur auf den Sachanteil anwenden wollen. Im übrigen kommen sie zum gleichen Ergebnis.

2) Düringer-Hachenburg-Geiler, aaO., Rdnr. 36b; Planck-Lobe, Anm. 3 zu § 717; Enneccerus-Lehmann, § 177 III 2; offenbar auch Oertmann, Anm. 2 und 4 zu § 717; RG JW 1919, 933; RG LZ 1921, 617; unklar Erman-Schulze-Wenck, Anm. 3 zu § 717.

3) Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 21a zu § 717; Fischer in BGB-RGRK, Rdnr. 10 zu § 717; Schultze-v. Lasaulx in Soergel-Siebert, Rdnr. 4 zu § 717; Weipert in HGB-RGRK, Rdnr. 7 zu § 109; Esser, Schuldrecht, S. 729; BGHZ 3, 354 (357) mit zustimmender Anmerkung von A. Hueck in JZ 1952, 115; BGHZ 20, 363 (364); LM Nr. 6 zu § 105 HGB; unklar Palandt-Gramm Anm. 1d zu § 717.

4) In diesem Sinne auch Prasch, Unmittelbare Nachfolge, S. 18 f.

einige Beispiele zu nennen. Nur der Inhaber dieser Rechte ist Gesellschafter. Und darauf allein kommt es für die Vererbung der Mitgliedschaft und ihre Zugehörigkeit zum gemeinschaftlichen Nachlaß an. Denn mit der Mitgliedschaft sind die Mitgliedschaftspflichten und die Haftung für die Gesellschaftsschulden verbunden. Und auf sie, nicht auf die einzelnen Bestandteile der Mitgliedschaft bezieht sich § 139 HGB.

Die notwendigen Bestandteile der Mitgliedschaft sind daher von solchen zu unterscheiden, die nicht unbedingt mit der Gesellschafterstellung verbunden sein müssen. Diese Einteilung deckt sich aber nicht mit der üblichen Unterscheidung von Wert- und Mitverwaltungsrechten. Ein Recht zur Kündigung der Gesellschaft jeweils zum Ende eines Geschäftsjahres beispielsweise ist Organisationsgestaltungsrecht und dennoch nicht notwendiger Bestandteil der Mitgliedschaft. Trotzdem ist es grundsätzlich nicht übertragbar (§ 717 S. 1 BGB). Doch ist kein Grund ersichtlich, warum die Teilhaber die Übertragbarkeit nicht sollten vereinbaren können. Und umgekehrt steht es den Gesellschaftern frei, den grundsätzlich übertragbaren Wertrechten (§ 717 S. 2 BGB) diese Eigenschaft zu nehmen.

Infolgedessen ist es nur mehr eine Frage der Abgrenzung, in welche Kategorie ein Mitgliedschaftsrecht gehört. Diese Frage muß für jedes Recht und bei den nicht notwendigen Bestandteilen der Mitgliedschaft für jede Gesellschaft untersucht werden. Eine solche Untersuchung würde aber den Rahmen der vorliegenden Arbeit überschreiten. Es wird daher für die weiteren Erörterungen eine Gesellschaft zugrundegelegt, bei der nur die Wertrechte gemäß § 717 S. 2 BGB übertragen werden können. Sollten in einem anderen Fall übertragbare Mitverwaltungsrechte existieren, wären sie den Wertrechten gleichzustellen.

dd) Die Zugehörigkeit der nicht übertragbaren Mitgliedschaft zum gemeinschaftlichen Nachlaß

Nachdem geklärt ist, welche Zwecke der Gesetzgeber mit dem Rechtsinstitut der Erbengemeinschaft verfolgt und ob sowie in welchem Umfang die Mitgliedschaft bzw. einzelne ihrer Bestandteile übertragen werden können, ist nun zu untersuchen, welche Mitgliedschaftsrechte unter erbrechtlichem Aspekt in den gemeinschaftlichen Nachlaß fallen müßten. Erst wenn diese Frage geklärt ist, läßt sich beurteilen, ob eine Kollision der Vorschriften über die Erbengemeinschaft mit § 139 HGB überhaupt vorliegt.

α Enthält der Gesellschaftsvertrag einer offenen Handelsgesellschaft keine Bestimmungen über den Wechsel der Mitglieder, so ist der Normalfall gegeben, der der gesetzlichen Regelung zugrundeliegt (§§ 105 Abs. 2 HGB, 719 Abs. 1 BGB). Die Mitgliedschaft, also die mit allen Rechten und Pflichten verbundene Gesellschafterstellung, ist infolgedessen nicht übertragbar. Kein Nachlaßgläubiger könnte sie erwerben, kein Erbe sie veräußern. Weder die Interessen des Erb-

lassers, sein Vermögen der Gesamtheit der Erben zu erhalten, noch die Interessen der einzelnen Erben, ihnen nachteilige Verfügungen über Nachlaßgegenstände zu verhindern, würden beeinträchtigt, fiele die unübertragbare Mitgliedschaft nicht in den gemeinschaftlichen Nachlaß. Sie unter diesen Umständen der gesamthänderischen Bindung der Erbengemeinschaft zu unterwerfen, wäre daher sinnlos.

Das gilt in gleicher Weise von den Einzelbefugnissen, die sich gemäß § 717 S. 1 BGB nicht ohne die Mitgliedschaft übertragen lassen und die den eigentlichen Kern der Mitgliedschaft bilden. Dagegen sind die Wertrechte, wie die Gewinnansprüche und die Ansprüche auf das Auseinandersetzungsguthaben (§ 717 S. 2 BGB), einzeln übertragbar und pfändbar. Aus ihnen können sich die Nachlaßgläubiger befriedigen. Der Erblasser will das durch sie verkörperte, oftmals sehr erhebliche Vermögen so lange allen Erben erhalten, wie die Auseinandersetzung ausgeschlossen ist. Und die Miterben müssen durch die gesamthänderische Bindung davor geschützt werden, daß ohne ihre Mitwirkung über diese Rechte verfügt wird. Es entspricht daher dem Zweck der erbrechtlichen Vorschriften, die einzeln übertragbaren Bestandteile der Mitgliedschaft der Erbengemeinschaft zuzuordnen.

ß Doch bedarf dieses Ergebnis einer Einschränkung. Denn die Wertrechte gehören nur insoweit in den gemeinschaftlichen Nachlaß, als sie nicht auf Leistungen der einzelnen Erben beruhen. Hat ein Erbe als Gesellschafter einen Gesellschaftsgläubiger aus eigenen privaten Mitteln befriedigt, so steht ihm der Anspruch auf Aufwendungsersatz (§ 110 Abs. 1 HGB) zu, nicht den Erben in ungeteilter Erbengemeinschaft. Und ebenso sind die Ansprüche auf den Gewinn und auf das Auseinandersetzungsguthaben, wenn einzelne oder alle Erben die Gesellschaft fortführen, nicht ausschließlich der Erbengemeinschaft zuzuweisen. Es ist vielmehr zu unterscheiden, ob diese Ansprüche auf Leistungen beruhen, die schon der Erblasser erbrachte, oder auf solchen der Erben.

Der Gewinn, den die Gesellschaft bis zum Tode des Erblassers erzielte, läßt sich bei der Fortführung der Gesellschaft mit den Erben so gut feststellen wie bei einem Fortbestehen der Gesellschaft unter den übrigen Teilhabern (§ 138 HGB). Dagegen können sich Schwierigkeiten hinsichtlich der Gewinnanteile ergeben, die erst nach dem Tode erwirtschaftet werden. Hier sind zwei Möglichkeiten auseinanderzuhalten. Entweder legt der Gesellschaftsvertrag gemäß § 139 Abs. 5 HGB fest, daß der Gewinnanteil der Erben anders als der des Erblassers bestimmt werden soll, wenn sie Kommanditisten werden. Oder der Gesellschaftsvertrag enthält keine Regelung dieser Frage. Schon daraus lassen sich Schlüsse ziehen, wie die Mitarbeit eines Gesellschafters nach dem Willen der Vertragspartner zu bewerten ist.

γ Hat die Umwandlung der Gesellschafterstellung des Erblassers in die eines Kommanditisten nach dem Vertrag eine Herabsetzung des Gewinnanteils zur Folge, so ergibt sich schon aus deren Umfang, wie die Teilhaber den Wegfall der unbeschränkten Haftung und der Verpflichtung zur persönlichen Mitarbeit bewerteten.

An diese Bewertung sind die Erben gebunden. Der Anteil, der auf einen Kommanditisten entfällt, steht der Miterbengemeinschaft zu, die so anzusehen ist, als habe sie die Einlage geleistet. Der Rest gebührt den Erben, die Komplementare geworden sind, anteilmäßig. Enthält der Gesellschaftsvertrag dagegen keine Regelung, würde ein Erbe, der Kommanditist wird, also den gleichen Gewinn beanspruchen können wie ein Komplementar, so steht der Erbengemeinschaft der ganze Gewinn zu. Denn die Arbeitsleistung des geschäftsführenden Gesellschafters ist von den Vertragsparteien dann eben nicht gewertet worden. Eine solche Vertragsgestaltung wird in der Praxis allerdings wohl nur dann vorkommen, wenn die Geschäftsführer anderweit entschädigt werden, etwa durch Gewährung gewinnunabhängiger Geschäftsführergehälter.

Es soll nicht verkannt werden, daß sich aus dieser Bewertung im Einzelfall unbillige Ergebnisse ergeben können. So ist unter Umständen der Erbe zur Geschäftsführung verpflichtet, der erzielte Gewinn fließt aber in vollem Umfang in den gemeinschaftlichen Nachlaß. Das ist dann aber auf die Gestaltung des konkreten Gesellschaftsvertrages, auf letztwillige Verfügungen des Erblassers, wie etwa das langfristige Verbot der Auseinandersetzung, und nicht zuletzt auf das Verhalten des Erben zurückzuführen, der von seinem Wahlrecht hätte Gebrauch machen können. Außerdem steht den Erben, wenn die Auseinandersetzung auf längere Zeit als ein Jahr ausgeschlossen ist, ein Anspruch auf den jährlichen Reinertrag der Erbengemeinschaft zu (§ 2038 Abs. 2 S. 3 BGB). Und sollten die Gewinne völlig für die Verwaltung des Nachlasses verbraucht werden, würde der Erbe wenigstens davon befreit, die Kosten der Verwaltung gemäß § 748 BGB aufzubringen. Trotzdem entstehende Nachteile sind daher nicht auf die Anwendung der Vorschriften über die Erbengemeinschaft, sondern auf andere Faktoren zurückzuführen.

6 Mit Hilfe derselben Grundsätze läßt sich auch beim Auseinandersetzungsguthaben zwischen dem Anteil des einzelnen Erben-Gesellschafters und dem der Erbengemeinschaft unterscheiden. Im Zeitpunkt des Todes des Erblassers stand diesem das gesamte Guthaben unter Berücksichtigung stiller Reserven zu. Dieselbe Bilanz, die der Ermittlung des bis dahin erzielten Gewinns dient, kann auch zur Feststellung dieses Guthabens herangezogen werden. Ergibt sich später beim Ausscheiden des Erben aus der Gesellschaft oder bei der nach Ablauf der vom Erblasser angeordneten Frist für die Auseinandersetzung vorgenommenen Teilung des Nachlasses, daß stille Reserven gebildet worden sind, so sind diese als nicht verteilter Gewinn der Regelung des Gesellschaftsvertrages entsprechend der Miterbengemeinschaft bzw. den Erbengesellschaftern zuzuweisen. Es trifft mithin nicht zu, daß eine Trennung in Anteile der Erbengemeinschaft und solche der Erbengesellschafter nicht möglich ist [1]). Dann läßt sich aber auch nur durch eine

1) A. Hueck, OHG, S. 306 Anm. 60; Richardi, Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers an der Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft, S. 69.

solche dem Gesellschaftsvertrag entsprechende Verteilung ein sachgerechter Ausgleich erzielen zwischen den Interessen der Erben-Gesellschafter und denen jener Beteiligten, die durch die Vorschriften über die Erbengemeinschaft geschützt werden sollen. Die Versuche, die übertragbaren Mitgliedschaftsrechte (§ 717 S. 2 BGB) ohne Unterschied entweder dem gemeinschaftlichen Nachlaß 1) oder den einzelnen Miterben 2) zuzuordnen, sind daher schon aus diesem Grunde abzulehnen.

c) Die Bedeutung des § 139 HGB

Bei der Entwicklung der eigenen Ansicht ist nun auf § 139 HGB einzugehen. Nachdem nachgewiesen worden ist, daß zwar die Mitgliedschaftsrechte vererbt werden können (a) 3), daß aber in dem vom Gesetzgeber geregelten Normalfall der nicht übertragbaren Mitgliedschaft lediglich die Wertrechte den Vorschriften über die Erbengemeinschaft unterliegen (b) 4), erscheint diese Rechtsnorm in einem neuen Licht. Bisher ging man davon aus, daß die Mitgliedschaft, werde sie vererbt, grundsätzlich den Vorschriften über die Erbengemeinschaft (§§ 2032 ff. BGB) unterworfen sei. Und etwaige Kollisionen dieser Normen mit § 139 HGB suchte man in der oben dargestellten Weise 5) zu lösen. Nunmehr steht fest, daß nicht die unübertragbare Mitgliedschaft, sondern nur einzelne ihrer Bestandteile, nämlich die Wertrechte, in den gemeinschaftlichen Nachlaß fallen. Eine Kollision zwischen den § 139 HGB und den §§ 2032 ff. BGB ist folglich nur noch im Hinblick auf die Wertrechte möglich. Diese Frage rückt damit in den Vordergrund der Betrachtung.

aa) Nach dem Wortlaut des § 139 Abs. 1 HGB steht jedem Erben das Recht zu, "sein Verbleiben in der Gesellschaft" von der Einräumung der Stellung eines Kommanditisten abhängig zu machen. Und § 139 Abs. 2 HGB gewährt ihm das Recht, aus der Gesellschaft auszutreten, wenn die Altgesellschafter sein Umwandlungsangebot nicht annehmen. Jeder Miterbe muß also bereits persönlich haftender Gesellschafter sein, wenn er diese Rechte ausübt. Da andererseits die Mitgliedschaft grundsätzlich nicht in den gemeinschaftlichen Nachlaß fällt, der einen Mitgliedschaft des Erblassers aber eine Mehrzahl von Erben gegenübersteht, ist § 139 HGB zu entnehmen, daß mit dem Tode des Erblassers dessen Mitgliedschaft in quantitativ den Erbquoten entsprechende, qualitativ der Teilhaberschaft des Verstorbenen gleiche selbständige Mitgliedschaften aufgespalten wird. Diese Aufspaltung entspricht dem Willen der Gesellschafter, die die Nachfolgeklausel ver-

1) S. o. S. 49.
2) S. o. S. 50 ff.
3) S. o. S. 52 ff.
4) S. o. S. 56 ff.
5) S. o. S. 43 ff.

einbart haben, sie wird vom Gesetz zumindest vorausgesetzt, wie Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 139 HGB zeigen [1], und sie widerspricht auch nicht den Vorschriften über die Erbengemeinschaft. Denn diese regeln zwar die Rechte und Pflichten, die sich für die Miterben aus ihrer Zugehörigkeit zur Erbengemeinschaft ergeben, sie beschränken sich aber auch darauf. Ob die zum Vermögen des Erblassers gehörenden Gegenstände beim Übergang auf die Miterben Veränderungen erleiden, ob also einzelne Mitgliedschaftsrechte untergehen, neu entstehen o die Mitgliedschaft aufgespalten wird, bestimmt sich nach den Normen, die diesen Übe gang regeln. Das aber sind die §§ 1922, 1967 BGB sowie die Organisationsnormen, nich zuletzt also die besonderen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, die festlegen, in welchem Umfang und in welcher Form die Mitgliedschaft vererbt werden kann.

Bei der Vererbung einer unübertragbaren Mitgliedschaft ist eine Kollision der Vorschriften über die Erbengemeinschaft mit denen des Gesellschaftsrechts infolgedessen nur noch insoweit möglich, als die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten eine Verfügung über die zum Nachlaß gehörenden Wertrechte darstellt. Da die Erbengemeinschaft am Gesellschaftsvermögen nur mittelbar beteiligt ist, verstoßen Verfügungen hierüber nicht gegen § 2040 Abs. 1 BGB. Die Gesellschafter sind aber in der Lage, durch Umgestaltung der Organisation die Ansprüche der Erbengemeinschaft auf den Gewinn oder auf das Auseinandersetzungsguthaben zu verändern. Es soll daher am Beispiel eines Wahlrechts gemäß § 139 HGB festgestellt werden, ob die Ausübung von Organisationsgestaltungsrechten gegen § 2040 Abs. 1 BGB verstößt.

bb) Erklärt ein Erbe gemäß § 139 Abs. 2 HGB sein Ausscheiden aus der Gesellschaft, so geht unter anderem auch der Anspruch auf künftigen Gewinn unter, der der Erbengemeinschaft in dem beschriebenen [2] Umfang zusteht. Darin könnte eine Verfügung über einen Nachlaßgegenstand gesehen werden, die gemäß § 2040 Abs. 1 BGB nur gemeinschaftlich erfolgen kann [3]. Wer diesen Standpunkt vertritt, übersieht aber, daß die Erbengemeinschaft nur den Anspruch erwirbt, der nach der Teilung der Mitgliedschaft des Erblassers mit dessen Tode bestand. Dieser Gewinnanspruch ist jedoch weder in seiner Höhe von vornherein bestimmt noch unbedingt. Er ist eingeschränkt durch die in den Organisationsnormen enthaltenen Organisationsgestaltungsrechte, deren Ausübung ihn verändern oder sogar erlöschen lassen kann. Die Miterbengemeinschaft wird nicht anders behandelt

1) Mit § 139 HGB sollte die Zwangslage beseitigt werden, die sich daraus ergab, daß nach dem Rechtszustand vor 1900 jeder Erbe ohne weiteres Gesellschafter wurde und damit unbeschränkt haftete oder aber die ganze Erbschaft ausschlagen mußte. (Vgl. RGZ 16, 40 (58); Viezens in ZHR 35, 91 (142 ff.); II. Denkschrift zum HGB-Entwurf, S. 106 f.)

2) S. o. S. 61 f.

3) So Prasch, Unmittelbare Nachfolge S. 72.

als ein Zessionar. Ihr stehen so wenig wie diesem die Organisationsgestaltungsrechte zu. Und sie erwirbt ihr Recht daher mit den Beschränkungen, die der Gesellschaftsvertrag und das Gesetz anordnen.

Allerdings wird in der Literatur [1] im Anschluß an zwei Entscheidungen des Reichsgerichts [2] die Ansicht vertreten, daß die gesetzlichen und vertraglichen Grundlagen für die Gewinnfeststellung und -verteilung nach einer Verfügung oder Pfändung nicht mehr zum Nachteil des Erwerbers oder Gläubigers geändert werden könnten. Die Anhänger einer anderen Auffassung [3] weisen demgegenüber jedoch darauf hin, daß die Änderung des Gesellschaftsvertrages ausschließlich eine Angelegenheit der Gesellschafter sei. Der Zessionar müsse mit ihr rechnen. Es gehe zu weit, dem Gläubiger, dessen Zustimmung erforderlich werde, praktisch ein Stimmrecht bei Gesellschafterbeschlüssen einzuräumen. Sie wollen den Zessionar darum auf Schadenersatzansprüche gegen den Zedenten verweisen.

Dieser Meinung ist zumindest insoweit zuzustimmen, als die Gesellschafter von Gestaltungsrechten Gebrauch machen, die bereits im Gesellschaftsvertrag festgelegt sind und die daher schon vor der Zession das später abgetretene Recht beschränkten. Über den Umfang der gesamthänderischen Bindung entscheiden die Gesellschafter aufgrund des Gesellschaftsvertrages. Nur die bereits aus der Gebundenheit entlassenen Vermögensteile können Dritten zur selbständigen Verfügung zustehen und auch das nur, soweit sie nicht mehr gebunden sind.

Wendet man diese Grundsätze auf die Ansprüche der Erbengemeinschaft an, so ist in der Ausübung der Organisationsgestaltungsrechte, die lediglich die Organisation gestalten, selbst dann keine Verfügung über Nachlaßgegenstände im Sinne des § 2040 Abs. 1 BGB zu sehen, wenn diese Ansprüche dadurch abgeändert werden oder untergehen [4]. Auch für die Wertrechte, insbesondere die Ansprüche auf den Gewinn und auf das Auseinandersetzungsguthaben, läßt sich daher keine Kollision zwischen den Vorschriften über die Erbengemeinschaft und § 139 HGB nachweisen. Für die nicht übertragbare Mitgliedschaft erschöpft sich die Bedeutung des § 139 HGB somit darin, den einzelnen Erben zu den Organisationsgestaltungsrechten zählende Wahlrechte einzuräumen. Damit steht aber zugleich fest, daß diese Bestimmung die Vorschriften über die Erbengemeinschaft nicht verdrängt.

---

1) Fischer in BGB-RGRK, Rdnr. 7 zu § 717; Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 13 zu § 717.

2) RGZ 90, 19 (20); RGZ 91, 428 (431); abweichend RGZ 98, 318 (321 f.).

3) Schultze-v. Lasaulx in Soergel-Siebert, Rdnr. 9 zu § 717; Schlegelberger-Geßler, Rdnr. 17 zu § 109; Weipert in HGB-RGRK Rdnr. 10 zu § 109; A. Hueck, OHG, S. 185; RG Holdh MSchr 1909, 27.

4) A.A. Prasch, Unmittelbare Nachfolge, S. 72, der sich jedoch mit der gleichliegenden Situation bei abgetretenen Wertrechten nicht auseinandersetzt.

cc) Von diesem Ergebnis her lassen sich die in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Meinungen nun verhältnismäßig leicht beurteilen. Zunächst sind alle Lösungen abzulehnen, die die Nachfolge in die unübertragbare Mitgliedschaft auf außererbrechtliche Tatbestände stützen wollen, mögen diese rechtsgeschäftlicher [1] oder gesellschaftsrechtlicher [2] Natur sein. Sie verdanken ihre Existenz allein der irrigen Ansicht, daß zwischen den Vorschriften des Gesellschaftsrechts und denen über die Erbengemeinschaft ein nicht zu vereinbarender Widerspruch bestehe. Mit dem Nachweis, daß für den vom Gesetz geregelten Normalfall ein solcher Gegensatz gar nicht vorliegt, verlieren sie ihre Daseinsberechtigung.

Die Anhänger der herrschenden Meinung [3] berufen sich demgegenüber mit Recht ausschließlich auf das Erbrecht, um den Übergang der Mitgliedschaft zu erklären. Aber auch sie können sich von der Vorstellung nicht freimachen, daß eine Einzelnachfolge gegen die Vorschriften über die Erbengemeinschaft verstoße. Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, daß das nur teilweise der Fall ist. Nur diejenigen Wertrechte, die den Zwecken der Erbengemeinschaft zu dienen vermögen, fallen in den gemeinschaftlichen Nachlaß. Die entgegenstehende Auffassung insbesondere Eiselts [4] trifft daher für den Normalfall der unübertragbaren Mitgliedschaft nicht zu.

Die mehreren Erben erwerben somit zwar jeder unmittelbar eine eigene Mitgliedschaft. Die Anhänger der wohl auch insoweit herrschenden Meinung [5] gehen aber zu weit, wenn sie die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Erbengemeinschaft gänzlich ablehnen, so daß nicht einmal die Wertrechte in den Nachlaß fallen. Ihre Gegner [6] weisen zutreffend darauf hin, daß für einen so weitgehenden Ausschluß des Erbrechts keine Gründe vorliegen. Sie überschreiten aber ihrerseits die vom Erbrecht gezogene Grenze, wenn sie auch diejenigen Gewinne und den Teil des Auseinandersetzungsguthabens in den gemeinschaftlichen Nachlaß ziehen wollen, die entsprechend der nach dem Gesellschaftsvertrag für die Mitarbeit des Erblassers geltenden Bewertung den Erben-Gesellschaftern als Entgelt für ihre Tätigkeit als Geschäftsführer zufließen sollen [7]. Insoweit kann dieser Lehre nicht gefolgt werden.

---

1) Vgl. B III 1 a und b, oben S. 43 bzw. S. 44.
2) Vgl. B III 1 c, oben S. 45.
3) Vgl. B III 1 d, oben S. 46.
4) Vgl. B III 1 d, bb, oben S. 47.
5) Vgl. B III 1 d, dd, oben S. 50.
6) Vgl. B III 1 d, cc, oben S. 49.
7) S. o. S. 61 ff.

d) Der Sonderfall der übertragbaren Mitgliedschaft

Der vorstehenden Untersuchung lag der Normalfall zugrunde, daß die Mitgliedschaft in einer offenen Handelsgesellschaft nicht übertragen werden kann. Es bleibt daher noch die Rechtslage zu erörtern, die sich ergibt, wenn die Teilhaber im Gesellschaftsvertrag die freie Übertragbarkeit der Mitgliedschaft vereinbart haben, was anerkanntermaßen zulässig ist und jeden Gesellschafter berechtigt, seine Teilhaberschaft an Dritte zu veräußern [1].

Zunächst einmal ist auch hier festzustellen, ob und in welchem Umfang der Zweck der Vorschriften über die Erbengemeinschaft es gebietet, die Mitgliedschaft in den gemeinschaftlichen Nachlaß fallen zu lassen. Für Nachlaßgläubiger, die sich lediglich wegen einer Geldforderung aus der Mitgliedschaft befriedigen wollen, stünde die übertragbare Teilhaberschaft einer untübertragbaren gleich. Denn selbst wenn sie den Anteil ihres Schuldners am Gesellschaftsvermögen gemäß §§ 105 Abs. 2 HGB, 725 BGB, 859 Abs. 1 S. 1 ZPO pfändeten, könnten sie nach § 725 Abs. 2 BGB nur den Gewinnanteil geltend machen [2]. Lediglich ein etwaiger Käufer der Mitgliedschaft, der einen Anspruch auf deren Übertragung geltend machen könnte, weil der Erblasser sie ihm noch nicht übertragen hatte, wäre an ihrer Zugehörigkeit zum Gesamthandvermögen der Erbengemeinschaft interessiert. Aber auch der Erblasser und die Erben könnten daran ein Interesse haben. Denn nur dann bliebe gewährleistet, daß sie vor einer Auseinandersetzung nicht in mehrere selbständige Mitgliedschaften aufgespalten würde, wie das normalerweise bei mehreren Erben der Fall wäre. Unter erbrechtlichem Aspekt müßte die übertragbare Mitgliedschaft folglich in den gemeinschaftlichen Nachlaß fallen.

Damit wird für diese Ausnahmesituationen die Frage akut, ob eine Erbengemeinschaft Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft werden kann. Folgt man der sorgfältig begründeten Ansicht Praschs [3], wäre das durchaus möglich. Denn er läßt diese Mitgliedschaft nur an § 139 HGB scheitern, der nach seiner Auffassung die Einzelnachfolge nicht nur voraussetzt, sondern sogar anordnet. Das aber trifft nach der hier entwickelten Ansicht nicht zu. Die Bedeutung dieser Vorschrift erschöpft sich gerade darin, jedem Erben, der Teilhaber wird, zu seinem Schutze das Recht einzuräumen, durch Umgestaltung der Gesellschafterstellung der unbeschränkten Haftung gemäß §§ 128, 130 HGB zu entgehen. Allenfalls könnte man die Bestimmung noch heranziehen, um die Aufspaltung der Mitgliedschaft des

1) S. o. S. 59 Anm. 1.

2) Schlegelberger-Geßler, Rdnr. 1 zu § 135; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, Rdnr. 1 zu § 135; Ritter, Anm. 2 zu § 135; Koenige-Teichmann-Koehler, Rdnr. 3 zu § 135; Weipert in HGB-RGRK, Rdnr. 1 zu § 135; wohl auch Staub-Pinner, Rdnr. 8 zu § 135.

3) Prasch, Unmittelbare Nachfolge, S. 29 ff.

Erblassers im Rahmen der Gesellschaftsorganisation zu begründen. Ihr für den Sonderfall der übertragbaren Mitgliedschaft, den der Gesetzgeber nicht berücksichtigt hat, derart weitgehende Rechtsfolgen zu entnehmen, erscheint äußerst bedenklich.

Doch kann die Entscheidung dieser Frage wie überhaupt die der Vererbung der übertragbaren Mitgliedschaft hier dahinstehen. Denn entweder entschließt man sich dazu, auch die übertragbare Mitgliedschaft aufzuspalten und auf die einzelnen Erben übergehen zu lassen. Dann stimmen die Ergebnisse für beide Mitgliedschaftstypen überein. Die Abweichungen beschränken sich auf die Begründung. Oder man läßt die übertragbare Mitgliedschaft in den gemeinschaftlichen Nachlaß fallen. Dann ist die Erbengemeinschaft als Einheit Mitglied der Gesellschaft und muß dementsprechend auch als Einheit auftreten. In diesem Fall bedarf es also gar keiner besonderen Zusammenfassung der Erben durch eine Vertreterklausel. Die weitere Untersuchung kann sich infolgedessen auf den Normalfall der nicht übertragbaren Mitgliedschaft beschränken.

e) Ergebnis

Die Untersuchung der Vererbung der unübertragbaren Mitgliedschaft hat ergeben, daß die Mitgliedschaftsrechte und -pflichten durch Vereinbarung einer Nachfolgeklausel in dem vorgesehenen Umfang vererblich werden. Die Mitgliedschaft wird mit dem Tode ihres Trägers aufgrund der Bestimmungen der Gesellschaftsorganisation in quantitativ den Erbquoten entsprechende, qualitativ der Teilhaberschaft des Erblassers gleiche selbständige Mitgliedschaften aufgespalten, die die einzelnen Miterben unmittelbar im Wege der Erbfolge erwerben. Lediglich die ebenfalls aufgespaltenen Wertrechte fallen in den gemeinschaftlichen Nachlaß. Die aus ihnen erwachsenden Ansprüche stehen der Erbengemeinschaft aber nur dann in vollem Umfange zu, wenn der Gesellschaftsvertrag die Gewinnquote der Erben eines geschäftsführenden Gesellschafters selbst für den Fall unverändert läßt, daß sie Kommanditisten werden.

§ 3 DIE MODIFIZIERUNG DER NACHFOLGEKLAUSEL DURCH DIE VEREINBARUNG GEMEINSAMER VERTRETUNG DER ERBEN-GESELLSCHAFTER

A) INHALT UND ZULÄSSIGKEIT DER SOGENANNTEN VERTRETERKLAUSEL

I. DIE IN LITERATUR UND RECHTSPRECHUNG VERTRETENEN ANSICHTEN

Im vorhergehenden Abschnitt ist gezeigt worden, daß bei Vereinbarung einer Nachfolgeklausel die unübertragbare Mitgliedschaft mit dem Tode ihres Inhabers aufgespalten wird und jeder der Erben unmittelbar kraft Erbfolge eine eigene Mitgliedschaft erwirbt. Damit ist die Voraussetzung für die weitere Untersuchung gegeben, in welcher Weise die Gesellschafter die unerwünschten Folgen dieser Vervielfältigung der Mitgliedschaft durch die Vereinbarung gemeinschaftlicher Vertretung der Erben-Gesellschafter beseitigen oder wenigstens mildern können. Und zwar kommt es zunächst darauf an festzustellen, welchen Inhalt eine solche Vertreterklausel hat und ob ihre Vereinbarung zulässig ist. Erst dann können die Wirkungen derartiger Vertragsbestimmungen auf das Verhältnis der Beteiligten zueinander behandelt werden.

a) Im Schrifttum ist die Frage der Zulässigkeit von Vertreterklauseln in den Gesellschaftsverträgen offener Handelsgesellschaften bisher kaum erörtert worden. Flechtheim [1] vertritt unter Berufung auf eine Entscheidung des Reichsgerichts [2] die Auffassung, die Miterben könnten durch den Gesellschaftsvertrag nicht gezwungen werden, einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen. Andere Autoren [3] entnehmen derselben Entscheidung, daß die Erben zu einer solchen Bevollmächtigung weder berechtigt noch verpflichtet seien. Wieland [4] leitet dasselbe Ergebnis daraus ab, daß sich die Mitgliedschaftsrechte aus dem Zusammenhang lösten, sobald die Erben der Gesellschaft beigetreten seien. Und Weipert [5] folgert aus der unmittelbaren Nachfolge der einzelnen Erben in die Mitgliedschaft, die Nachfolger könnten weder gemeinsam handeln noch einen Vertreter zur Ausübung der Gesellschafterrechte bestellen. Eine entsprechende Klausel, durch die etwa die einheitliche Ausübung der Befugnisse nach § 139 HGB ge-

1) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, Rdnr. 15 zu § 139.
2) RGZ 2, 30 ff.
3) Schlegelberger-Geßler, Rdnr. 25 zu § 139; Staub-Pinner, Rdnr. 14 zu § 139.
4) Wieland, Handelsrecht, Bd. I, S. 689.
5) Weipert in HGB-RGRK, Rdnr. 25 zu § 139.

sichert werden solle, sei nichtig. Auch er beruft sich auf die bereits erwähnte Entscheidung des Reichsgerichts.

Das Reichsgericht seinerseits [1] begnügt sich mit der nicht weiter begründeten Behauptung, eine Handelsgesellschaft habe die Gesellschafter als geborene und die Prokuristen und sonstigen Bevollmächtigten als bestellte Vertreter. Gewillkürte Vertreter eines einzelnen Teilhabers, die an seiner Stelle bzw. in seinem Namen die ihm als Gesellschafter zustehenden Vertretungsrechte ausüben könnten, kenne das Recht dagegen nicht.

b) Während das Reichsgericht und die angeführten Autoren somit wohl aus strukturbedingten Gründen eine Vertreterklausel für absolut unzulässig halten, will A. Hueck [2] offenbar differenzieren. Er meint zwar, es lasse sich nicht miteinander vereinbaren, daß die Erben-Gesellschafter einerseits unbeschränkt für die Schulden der offenen Handelsgesellschaft hafteten, sie andererseits aber Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht nur durch einen gemeinsamen Vertreter einheitlich wahrnehmen dürften. Für den Fall, daß die Erben von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen sind, erscheint ihm jedoch diese unbeschränkte Haftung nur im Regelfall als unzumutbar. Und für Erben-Kommanditisten bejaht er sogar die Zulässigkeit einer Klausel, derzufolge "die Erben einen gemeinschaftlichen Vertreter bestellen müssen, der ihre Rechte gegenüber der Gesellschaft wahrzunehmen hat" [3]. Er hat mithin nicht so sehr Bedenken gegen die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters als vielmehr gegen die Beschränkung des Einflusses des unbeschränkt haftenden Gesellschafters. Damit wird auf den Zusammenhang von Herrschaft und Haftung [4] abgestellt.

Die Wirkungen einer derartigen Klausel sollen einerseits darin bestehen, daß die Rechte der Erben-Gesellschafter ruhen, solange sie keinen Vertreter bestellen. Andererseits sollen die Erben aufgrund ihrer Treuepflicht als Gesellschafter einander verpflichtet sein, nach Kräften zur Wahl eines geeigneten Vertreters beizutragen. Einen unmittelbaren Rechtsanspruch der übrigen Teilhaber verneint A. Hueck dagegen [5].

c) Eindeutig für die Zulässigkeit der Vertreterklausel hat sich Vits [6] ausgesprochen. Er geht davon aus, daß sie das Innenverhältnis der Erben-Gesellschafter zu den übrigen Gesellschaftern regele und infolgedessen grundsätzlich

1) RGZ 2, 30 (32).

2) A. Hueck in ZHR 125, 1 (4).

3) A. Hueck, aaO., S. 4.

4) Vgl. dazu Müller-Erzbach, Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, insbes. S. 114 ff.

5) A. Hueck, aaO., S. 14 f.

6) Vits, Die gewillkürte Vertretung der Erben in einer Personenhandelsgesellschaft, S. 20 ff.

frei vereinbar sei (§ 109 HGB). Einschränkungen ergäben sich einmal aus zwingenden gesellschaftsrechtlichen Vorschriften (§ 118 Abs. 2 HGB), aber auch aus sonstigen zwingenden Rechtsnormen. Vits erörtert zunächst den Fall, daß der Erbe von der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ausgeschlossen ist (§§ 114 Abs. 2, 125 Abs. 1 HGB) und durch die Vertreterklausel weiter in seinem Handlungsvermögen eingeengt wird. Einer Zustimmung der Erben zu dieser Gestaltung des Gesellschaftsvertrages bedarf es nach seiner Auffassung nicht, weil der Erblasser in sie eingewilligt und damit eine Verpflichtung zur Bildung einer Untergesellschaft und zur Bestellung eines gemeinsamen Vertreters zugunsten der übrigen Gesellschafter begründet habe [1]. Darin liege auch keine sittenwidrige Beschränkung der Privatautonomie (§ 138 BGB); denn die Erben könnten dem Vertreter Weisungen, insbesondere für die Ausübung des Stimmrechts erteilen und die Vollmacht widerrufen [2]. Außerdem ergäben sich aus der das Verhältnis der Gesellschafter zueinander beherrschenden Treuepflicht (§ 242 BGB) Grenzen, die die übrigen Teilhaber zwängen, bei ungewöhnlichen Gesellschafterbeschlüssen auf die Ausübung ihrer Rechte aus der Vertreterklausel zu verzichten [3]. Bedenken gegen die Vertreterklausel seien daher nicht begründet.

Vits geht dann auf den Fall ein, daß die Erben sowohl zur Geschäftsführung als auch zur Vertretung befugt sind. Die Wahrnehmung von Geschäftsführungsbefugnissen durch Bevollmächtigte sei anerkannt [4]. Zweifelhaft sei daher allenfalls, ob ein gewillkürter Vertreter auch die organschaftliche Vertretungsmacht ausüben könne. Im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern könne diese Zuständigkeit nur in den Grenzen der §§ 125 HGB, 138 BGB entzogen werden. Im Außenverhältnis hingegen sei die Vertretungsmacht nur insoweit entziehbar, "als Dritte durch entsprechende Eintragungen im Handelsregister im Hinblick auf die Entziehung geschützt" blieben. Da der Bevollmächtigte dem Widerspruch der Teilhaber unterliege und abberufen werden könne, ergäben sich aus dem Innenverhältnis keine Bedenken. Im Außenverhältnis aber erschienen die Erben-Gesellschafter als Vertretungsberechtigte, so daß auch Dritte nicht gefährdet würden. Seien nach dem Tode aller anderen nur noch Erben-Gesellschafter vorhanden, dann müsse diesen Gesamtvertretungsmacht zustehen. Denn die Vertretungsmacht sei nur entzogen worden, weil das Vertrauen gefehlt habe. Müsse aber jeder mitwirken, so werde dieses Interesse gewahrt [5]. Auch für diesen Fall hält der Verfasser mithin die Vertreterklausel für zulässig.

---

1) Vits, aaO., S. 24, 54, 68 f.
2) Vits, aaO., S. 27 f.
3) Vits, aaO., S. 31.
4) Vits, aaO., S. 34.
5) Vits, aaO., S. 36 ff.

d) Im Schrifttum wird die Vertreterklausel aber auch noch in einem anderen Zusammenhang erörtert. Nach herrschender Meinung erstrecken sich die Befugnisse eines Testamentsvollstreckers selbst dann nicht auf die Mitgliedschaft des Erblassers in einer offenen Handelsgesellschaft, wenn deren Verwaltung gemäß § 2209 S. 1 BGB angeordnet worden ist. Denn der Testamentsvollstrecker könnte Verpflichtungen nur für den Nachlaß eingehen (§ 2206 Abs. 1 BGB), das aber widerspräche der unbeschränkten Haftung gemäß § 128 HGB [1]. Man versucht daher, mit Hilfe einer Vollmacht der Erben, die zu erteilen diese durch Auflagen oder Bedingungen gezwungen werden sollen, die Macht des Testamentsvollstreckers zu erweitern. In diesen Fällen bedarf es mithin zumindest einer Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag, daß die Erben-Gesellschafter berechtigt seien, ihre Mitgliedschaftsrechte durch einen Bevollmächtigten auszuüben. Wer eine solche Lösung für möglich hält [2], muß folglich auch sonst für die Zulässigkeit der Vertreterklausel eintreten [3].

Doch haben sich auch hier Gegner gefunden. Siebert [4] wirft den Anhängern der Vertreterklausel vor, sie beachteten nicht den Grundsatz von Herrschaft und Haftung. "Außerhalb der notwendigen gesetzlichen Vertretung gibt es keine Fälle, in denen jemand persönlich haften muß, aber in den Entscheidungen, die eine solche Haftung begründen können, unfreiwillig der Entscheidungsgewalt eines anderen unterworfen ist". Und A. Hueck [5] meint, eine widerrufliche Vollmacht, wie Richardi [6] sie vorschlägt, sei sinnlos, eine unwiderrufliche aber, die zugleich einen Verzicht des Erben auf eigene Ausübung der Verwaltungsrechte einschließen müßte, sei als Abspaltung der Verwaltungsrechte von der Mitgliedschaft unzulässig.

e) Schon dieser Überblick zeigt, daß sich unter der einprägsamen Bezeichnung "Vertreterklausel" ganz verschiedene Vereinbarungen verstehen lassen. Richardi will den Erben durch Bedingungen zwingen, den Testamentsvollstrecker zu bevollmächtigen. Den Erben selbst trifft keine Verpflichtung. Die Vertreterklausel berechtigt ihn daher nur zur Erteilung einer Vollmacht. Die Mitglied-

1) Vgl. die oben S. 5 Anm. 1 zitierte Literatur.

2) Schlegelberger-Geßler, Rdnr. 14a zu § 139; Lange, Lehrbuch des Erbrechts, S. 305; Richardi, Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers an der Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft, S. 45 ff., insbes. S. 56; wohl auch RGZ 172, 199 (205).

3) Das wird offensichtlich von Schlegelberger-Geßler übersehen; Rdnr. 14a zu § 139 bejahend, Rdnr. 25 zu § 139 verneinend.

4) Siebert in Festschrift für Alfred Hueck zum 70. Geburtstag, S. 321 (334 f.)

5) A. Hueck, OHG, S. 304 Anm. 51

6) Richardi, aaO., S. 45

schaftsrechte sind nicht beschränkt. Vits [1] geht davon aus, daß der Gesellschaftsvertrag eine Verpflichtung der Erben enthält, einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen und die Mitgliedschaftsrechte nur durch ihn auszuüben. Und A. Hueck [2] schließlich hält für Erben-Kommanditisten eine Vereinbarung für möglich, daß diese ihre Rechte nur durch einen gemeinsamen Vertreter ausüben können. Solange kein Vertreter bestellt ist, sollen die Mitgliedschaftsrechte ruhen, ohne daß den übrigen Teilhabern ein Recht eingeräumt wäre, die Bevollmächtigung zu verlangen.

Es erscheint angesichts dieser abweichenden Auffassungen vom Inhalt der die Nachfolgeklausel modifizierenden Vertreterabreden zweckmäßig, drei Haupttypen von Vertragsbestimmungen zu unterscheiden. Grundlage aller ist die berechtigende Vertreterklausel (II), die den Begünstigten die Befugnis gibt, sich bei der Ausübung ihrer Mitgliedschaftsrechte durch einen Bevollmächtigten vertreten zu lassen. Diese Erweiterung der Rechte der Erben-Gesellschafter wird bei der beschränkenden Vertreterklausel (III) durch die Bestimmung ergänzt, daß die Erben-Gesellschafter sich der persönlichen Ausübung ihrer Rechte gegenüber der Gesellschaft zu enthalten haben. Doch sind die Erben aufgrund dieser Klausel nicht verpflichtet, einen Vertreter zu bestellen. Eine solche Verpflichtung tritt erst bei der verpflichtenden Vertreterklausel (IV) hinzu.

In den folgenden Abschnitten sind die verschiedenen Vertreterabreden, den angegebenen Kategorien entsprechend, auf ihren Inhalt und auf ihre Zulässigkeit zu überprüfen. Erst im Anschluß daran sollen die Wirkungen derartiger Vereinbarungen dargestellt werden.

II. DIE BERECHTIGENDE VERTRETERKLAUSEL

1. Der Inhalt der Vereinbarung

a) Vorbemerkung

Die Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft nehmen eine berechtigende Vertreterklausel in den Gesellschaftsvertrag auf, um einem oder mehreren Erben eines Gesellschafters die Möglichkeit zu geben, die aufgrund der Nachfolgeklausel kraft Erbrechts erworbenen Mitgliedschaftsrechte entgegen der Regel [3] nicht persönlich, sondern durch gewillkürte Vertreter auszuüben. Vom Inhalt der Klausel hängt es daher ab, innerhalb welcher Grenzen ein Handeln durch Bevollmächtigte gestattet ist. Und zwar sind Beschränkungen denkbar im Hinblick auf die

---

1) S. o. S. 71.

2) A. Hueck in ZHR 125, 1 (14 f.).

3) Schlegelberger-Geßler, Rdnr. 10 zu § 109; Weipert in HGB-RGRK, Rdnr. 5 zu § 109.

Person des Vertretenen, auf die Auswahl des Vertreters und auf den Umfang der Vertretungsmacht. Für jede dieser Kategorien sollen die wichtigsten Gestaltungsmöglichkeiten erörtert werden, um so gewisse Leitlinien aufzuzeigen, an denen sich die Beurteilung der Zulässigkeit der zahlreichen Variationen orientieren kann.

b) Die Bestimmung des Vertretenen

aa) Der Kreis der Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft, die vertreten werden dürfen, wird bereits durch die Nachfolgeklausel auf diejenigen Erben beschränkt, die kraft Erbrechts Gesellschafter geworden sind. Zwar steht es den Teilhabern frei, die Grenzen noch enger zu ziehen, also etwa nur den weiblichen Erben die Befugnis zur Ausübung ihrer Rechte durch Bevollmächtigte einzuräumen. Die Auswirkungen derartiger Beschränkungen lassen sich aber hier genausowenig abschätzen wie bei der Nachfolgeklausel selbst, weiß doch keiner der Vertragspartner bestimmt, wer seine und der anderen Nachfolger sein werden. Da die Klausel den begünstigten Erben außerdem nur ein Recht einräumt, sie also allenfalls durch letztwillige Verfügungen des Erblassers veranlaßt werden können, von dieser Befugnis Gebrauch zu machen, kommt irgendwelchen Beschränkungen des begünstigten Personenkreises nur geringe Bedeutung zu. Für die weiteren Erörterungen kann daher davon ausgegangen werden, daß alle Erben einen Bevollmächtigten bestellen dürfen.

Doch bedarf es darüber hinaus einer Klarstellung. Den Erben-Gesellschaftern stehen nicht nur die Wertrechte, die Organisationsgestaltungsrechte und bei mehrheitlicher Zuständigkeit der Sachanteil, sondern auch die fremdnützigen Organschaftsbefugnisse zu, die als sekundäre Zuständigkeiten von den primären Zuständigkeiten der übrigen Teilhaber abgeleitet sind [1]. Insoweit könnte der Bevollmächtigte Vertreter eines Gesellschafters und nur mittelbar Bevollmächtigter der Gesellschaft sein. Es ließe sich aber auch denken, daß der Bevollmächtigte unmittelbar die Gesellschaft vertreten soll. Beide Gestaltungen unterscheiden sich erheblich voneinander. Welche von ihnen der Vertreterklausel entspricht, muß infolgedessen geprüft werden.

bb) Schon bei der Untersuchung des Inhalts und der Struktur der Mitgliedschaft [2] hat sich herausgestellt, daß bei mehrheitlicher Zuständigkeit der einzelne Teilhaber für die Gesellschaft nur handeln kann aufgrund der mit dem Sachanteil verbundenen, ihm primär zustehenden Befugnisse und der ihm von den übrigen Teilhabern eingeräumten sekundären Organschaftsbefugnisse, die von den primären Zuständigkeiten dieser Gesellschafter abgeleitet sind. In § 714 BGB kommt

1) S. o. S. 38 f.

2) S. o. S. 34 ff. insbes. S. 38 f.

dieser Tatbestand für die Vertretungsbefugnisse klar zum Ausdruck. Der vertretungsberechtigte Gesellschafter ist ermächtigt, "die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten." Für sich selbst handelt er kraft eigener, nicht abgeleiteter, primärer Zuständigkeit.

Bestellt der einzelne Miterbe einen Vertreter zur Ausübung der ihm zustehenden Mitgliedschaftsrechte, so räumt er ihm seinerseits eine sekundäre Zuständigkeit ein, seine primären Zuständigkeiten (Wertrechte, Organisationsgestaltungsrechte, Sachanteilsbefugnisse) und seine sekundären Zuständigkeiten (Organschaftsbefugnisse) als von ihm Bevollmächtigter auszuüben. Der Vertreter erscheint hinsichtlich der Organschaftsbefugnisse also gleichsam als Unterbevollmächtigter 1). Bestellt der Miterbe dagegen einen Vertreter zur Ausübung bzw. Erfüllung seiner Wertrechte und -pflichten sowie seiner Organisationsgestaltungsrechte und erteilt ihm als Vertreter "der Gesellschaft" zugleich die Vollmacht, "die Gesellschaft" zu vertreten, so übt der Bevollmächtigte ausschließlich die primären Zuständigkeiten des Miterben, außerdem aber auch die primären Zuständigkeiten der übrigen Teilhaber aus. Er ist also insoweit auch ihr Bevollmächtigter, nicht nur ihr Unterbevollmächtigter 2).

cc) Der Unterschied zwischen diesen beiden Möglichkeiten wird deutlich, wenn man überprüft, wer zum Widerruf der Vollmacht berechtigt ist. Die Vollmacht eines Vertreters der Gesellschaft kann bei Einzelvertretungsbefugnis jeder vertretungsberechtigte Teilhaber gemäß § 126 Abs. 1 HGB widerrufen. Zum Widerruf der Vollmacht des Vertreters eines Erben-Gesellschafters, die für die übrigen Teilhaber einer Untervollmacht gleichsteht, ist nur der Miterbe als Vollmachtgeber in der Lage. Lediglich mittelbar ist hier eine Beseitigung der "Untervollmacht" möglich, indem dem Erben-Gesellschafter gemäß §§ 117, 127 HGB die Geschäftsführungsbefugnis und die Vertretungsmacht entzogen werden 3).

---

1) Diese Bezeichnung soll nur einen Vergleich ermöglichen. Zu dem hier bedeutungslosen Streit, ob die Gesellschafter gewillkürte Vertreter, Organe oder gesetzliche Vertreter sind, wird damit nicht Stellung genommen.

2) Legt man die Einheitszuständigkeit zugrunde, ergibt sich kein anderes Ergebnis. Ist die Gesellschaft Zurechnungssubjekt und sind alle Teilhaber einzeln zur Geschäftsführung und Vertretung befugt, sind sie also selbst nur sekundär zuständig, so kann jeder Erbe entweder einen Vertreter zur Ausübung seiner Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht bestellen oder ihm die Vollmacht zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft erteilen. Im ersten Fall ist er mittelbarer, im zweiten unmittelbarer Vertreter der Gesellschaft. Auch für die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte durch einen Bevollmächtigten ist der Theorienstreit der Anhänger einheitlicher bzw. mehrheitlicher Zuständigkeit mithin ohne Bedeutung. Vgl. auch oben S. 38 f.

3) Vgl. Düringer-Hachenburg-Flechtheim, Rdnr. 10 zu § 125.

Dem Zweck der berechtigenden Vertreterklausel wird nur die Vollmacht zur Vertretung der Miterben gerecht. Der Bevollmächtigte soll seinen Weisungen folgen, seine Mitgliedschaftsrechte ausüben und seine Mitgliedschaftspflichten, insbesondere die Pflicht zur Geschäftsführung, erfüllen. Verändern sich diese Rechte und Pflichten, so ändert sich automatisch der Umfang der Vollmacht. Den übrigen Teilhabern hingegen soll jeglicher Einfluß auf das Verhältnis zwischen dem Miterben und dem Vertreter genommen sein. Für sie steht der Vertreter dem Vertretenen gleich.

Demgegenüber erscheint die Vollmacht zur Vertretung der Gesellschaft und zur Führung ihrer Geschäfte verbunden mit der Vollmacht zur Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte und -pflichten des Miterben, ausgenommen seine Organschaftsbefugnisse, als eine Einschränkung. Denn der Miterbe kann seine Organschaftsbefugnisse seinem Vertreter nicht zur Ausübung überlassen, wenn er ihm auch stattdessen eine Vollmacht für die Gesellschaft einräumen darf. Eine derartige Vereinbarung ist nicht ausgeschlossen. Sie hält sich jedoch nicht mehr im Rahmen der Vertreterklausel; denn der Bevollmächtigte übt nicht mehr ausschließlich die Mitgliedschaftsrechte des vertretenen Gesellschafters aus, sondern ist auch Vertreter der übrigen Teilhaber. Diese Gestaltung muß daher im Rahmen der vorliegenden Untersuchung außer Betracht bleiben.

dd) Dagegen könnte man daran denken, die mehreren Erben-Gesellschafter, die als einzelne und nicht als Erbengemeinschaft Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft geworden sind, zu einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zusammenzuschließen und nur dieser Gesellschaft die Befugnis zur Bestellung eines Bevollmächtigten zuzubilligen. Nicht jedem einzelnen Nachfolger stünde dann das Recht zu, sich bei der Ausübung der Mitgliedschaftsrechte vertreten zu lassen, sondern nur allen Erben-Gesellschaftern in ihrer Zusammenfassung als Teilhabern der Untergesellschaft [1]. Ob eine gemeinschaftliche Vertretung in diesem Sinne möglich ist, wird bei der Untersuchung der Zulässigkeit der berechtigenden Vertreterklausel zu erörtern sein [2].

c) Die Auswahl des Vertreters

Während als Vertretene nur die einzelnen Erben oder die Erben-Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung in Betracht kommen, reicht die Skala der Möglichkeiten, auf die Auswahl des Vertreters schon im Gesellschaftsvertrag Einfluß zu nehmen, von der freien Wahl über Beschränkungen nach abstrakten Merkmalen und das Erfordernis der Zustimmung der übrigen Gesellschafter bis zur namentli-

1) Unklar Vits, Gewillkürte Vertr., S. 54, der die Befugnis zur Bevollmächtigung und ihren Umfang nicht behandelt, aber dennoch von der Untergesellschaft spricht.

2) S. u. S. 80 ff.

lichen Bezeichnung im Gesellschaftsvertrag. Doch sind für den Zweck der Untersuchung nur einige Beispiele erforderlich.

Hier ist einmal die Vereinbarung anzuführen, die Erben dürften nur einen gemeinsamen Vertreter bestellen. Im Gegensatz zu der geschilderten Befugnis der Ausübung der Rechte durch einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten setzt diese Abrede voraus, daß jeder Erben-Gesellschafter selbständig eine Vollmacht erteilen darf. Nur bevollmächtigt hier jeder Nachfolger dieselbe Person. Jeder Vollmachtgeber erteilt dementsprechend Weisungen, ohne auf die der anderen Rücksicht nehmen zu müssen. Und der Vertreter kann bei Abstimmungen für jeden Vertretenen anders stimmen.

Zum anderen erhält die Abrede Bedeutung, es dürfe nur einer der Erben, einer der Teilhaber oder der Testamentsvollstrecker bevollmächtigt werden. Sobald die Verpflichtung hinzutritt, diese Personen oder gar einen bestimmten Dritten zu bevollmächtigen, entsteht die Gefahr von Interessenkonflikten, die nicht unbeachtet bleiben darf.

d) Der Umfang der Vertretungsmacht

Der Vielfalt der Rechte, die die Mitgliedschaft in einer offenen Handelsgesellschaft gewährt, entsprechen die Möglichkeiten, Vollmachten zu ihrer Ausübung zu erteilen. Doch sind auch hier nur wenige Beschränkungsabreden von allgemeiner Bedeutung. Die Altgesellschafter sind einmal daran interessiert, zwischen sich und den vertretenen Erben möglichst klare Verhältnisse zu schaffen. Aus diesem Grunde liegt ihnen daran, daß der Vertreter, insbesondere wenn er statt der Erben die Geschäfte führen soll, ohne Beschränkungen deren Rechte wahrnehmen kann. Außerdem wollen sie auch sicher sein, daß die Vollmacht nicht widerrufen ist. Dementsprechend werden sie vereinbaren, daß Beschränkungen der Vollmacht ihnen gegenüber nicht wirken sollen und ein Widerruf der Vollmacht erst wirksam wird, wenn er ihnen mitgeteilt ist. Ob sie den Widerruf gänzlich ausschließen dürfen, unterliegt jedoch erheblichen Zweifeln. Darauf ist im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung zurückzukommen.

Schließlich soll noch eine Abrede erwähnt werden, die dem Interesse der Altgesellschafter, die Erben innerhalb der Gesellschaft zu einer Handlungseinheit zusammenzufassen, sehr entgegenkommt. Der Gesellschaftsvertrag könnte nämlich vorsehen, daß die Erben lediglich einen gemeinsamen Vertreter bestellen dürfen, dessen Vollmacht eine uneinheitliche Ausübung der Mitgliedschaftsrechte der Vollmachtgeber ausschließt. Bei Abstimmungen beispielsweise könnte der Vertreter für alle Erben-Gesellschafter nur im gleichen Sinne stimmen. Jede Abweichung wäre als Überschreitung der Vertretungsbefugnis unwirksam. Auch die Zulässigkeit dieser Vertragsbestimmung wird zu überprüfen sein.

2. Die Zulässigkeit der berechtigenden Vertreterklausel

Das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander richtet sich gemäß § 109 HGB zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage. Die Wertrechte und -pflichten sowie die Organisationsgestaltungsrechte können infolgedessen innerhalb der Grenzen der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie inhaltlich verändert werden. Auf die Organschaftsbefugnisse läßt sich § 109 HGB jedoch nicht uneingeschränkt anwenden. Allerdings ist nach herrschender Meinung [1] eine Vertretung in der Geschäftsführung, sofern der Gesellschaftsvertrag sie gestattet, ohne weiteres zulässig. Und dieser Ansicht ist zuzustimmen. Denn die Geschäftsführungsbefugnis hat ebenfalls nur für das Innenverhältnis Bedeutung (§ 109 HGB), und die Ausführung von Geschäftsführungsmaßnahmen kann sogar übertragen werden (§§ 105 Abs. 2 HGB, 713, 664 Abs. 1 BGB). Die Bestellung eines Bevollmächtigten zur Ausübung der Vertretungsmacht eines Gesellschafters unterliegt aber anderen Grundsätzen. Denn hier wird das Verhältnis der Gesellschafter zu Dritten, das sogenannte Außenverhältnis, betroffen. § 109 HGB ist mithin nicht anwendbar. Doch besteht keine Einigkeit, anhand welcher Maßstäbe die Zulässigkeit einer derartigen Vollmacht zu beurteilen ist.

a) Das Reichsgericht [2] hielt eine der Vertreterklausel entsprechende Vereinbarung für unzulässig, weil der Gesetzgeber einen solchen Fall nicht berücksichtigt habe. Es wollte sich also offenbar darauf berufen, daß die Vertretung der Gesellschaft im Gesetz abschließend geregelt worden sei. Diese Begründung geht aber am Kern des Problems vorbei. Denn die Vertreterklauseln regeln, wie bereits oben [3] nachgewiesen worden ist, nicht die Vertretung der Gesellschaft durch ihre Teilhaber, also nicht die in den §§ 125 ff. HGB allein behandelte organschaftliche Vertretung [4], sondern die Vertretung der Erben-Gesellschafter. Mit dem Argument des Reichsgerichts kann infolgedessen die Unzulässigkeit der Vertretervereinbarungen nicht nachgewiesen werden [5].

---

1) Weipert in HGB-RGRK, Rdnr. 9 zu § 114; Ritter, Anm. 3b zu § 114; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, Rdnr. 3 zu § 114; Staub-Pinner, Rdnr. 6 zu § 114; Goldmann, Rdnr. 9 zu § 114; Brand, Anm. 4d zu § 114; Wieland, Handelsrecht, Bd. I, S. 572; unklar, aber wohl zustimmend, Baumbach-Duden, Anm. 3B zu § 114; a.A. Lehmann-Ring, Rdnr. 5 zu § 114, der ohne Begründung für Übertragung der Geschäftsführung nur in Einzelfällen eintritt.

2) RGZ 2, 30 (32).

3) S. o. S. 74 ff., insbes. S. 75.

4) Vgl. A. Hueck, OHG, S. 202.

5) Der tragende Grund der Entscheidung war denn auch ein ganz anderer. Der vertretene Teilhaber sollte völlig von jedem Einfluß auf den Vertreter ausgeschlossen werden. In Wirklichkeit lag also eine verschleierte Abtretung der Mitgliedschaftsrechte vor, die schon gegen § 717 S. 1 BGB verstieß. Vgl. RGZ 2, 30 f.

Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung sind vielmehr die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die gewillkürte Vertretung (§§ 164 ff. BGB) anzuwenden. Diese stehen einer Vollmacht zur Ausübung der organschaftlichen Vertretungsmacht eines Gesellschafters nicht entgegen. Und auch das Prinzip der Selbstorganschaft wird durch die Vertreterklausel nicht verletzt. Denn der die Vollmacht erteilende Gesellschafter verliert seine Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft nicht. Seine Rechtsmacht wird lediglich dadurch erweitert, daß ihm mit Wirkung für das Verhältnis der Teilhaber untereinander zugestanden wird, seine Mitgliedschaftsrechte nicht nur persönlich, sondern auch durch einen gemeinsamen Vertreter auszuüben. Das erweitert aber nicht seine organschaftliche Vertretungsmacht; denn diese ist schon von Gesetzes wegen unbeschränkbar (§ 126 HGB). Eine Vollmacht zur Vertretung eines Gesellschafters in der Ausübung der Mitgliedschaftsrechte ist daher grundsätzlich zulässig.

b) Im Schrifttum werden jedoch Bedenken geäußert, ob das auch für generelle, nicht nur auf den Einzelfall beschränkte Vollmachten zu gelten habe. Flechtheim [1] und Wieland [2] meinen, bei Einzelvertretungsbefugnis der Gesellschafter bestehe für eine indirekte Bevollmächtigung kein Bedürfnis. Jeder von ihnen könne ohne weiteres auch einen Vertreter und Geschäftsführer für die Gesellschaft bestellen. Dabei wird aber übersehen, daß die Möglichkeiten, die Vollmacht zu widerrufen, sich in beiden Fällen wesentlich unterscheiden, wie bereits dargelegt worden ist [3]. Schon das rechtfertigt die Bevollmächtigung zur Vertretung eines Gesellschafters.

Größere Bedeutung erlangt der Einwand Weiperts [4], eine derartige Vollmacht dürfe nicht generell erteilt werden, weil sonst ein Fremder maßgeblichen Einfluß auf die Gesellschaft gewinnen könnte. Die Vollmacht müsse daher mindestens jederzeit widerruflich sein, damit der Vertretene seine Rechte sofort persönlich ausüben könne. Auch diese Argumente sind jedoch nicht stichhaltig. Schon Brodmann [5] hat darauf hingewiesen, daß eine Verwechslung vorliege. Die Erteilung einer Vollmacht entziehe dem Vollmachtgeber weder das Recht, jederzeit selbst einzugreifen, noch die Befugnis, dem Bevollmächtigten Weisungen zu erteilen und äußerstenfalls die Vollmacht zu widerrufen. Dem ist für die lediglich berechtigende Vertreterklausel in vollem Umfange zuzustimmen.

c) Aber auch bei Gesamtvertretung kann nichts anderes gelten. Zwar lehnt Ritter [6] die Vertretung eines gesamtvertretungsberechtigten Teilhabers mit dem

1) Düringer-Hachenburg-Flechtheim, Rdnr. 12 zu § 126

2) Wieland, aaO., S. 597.

3) S. o. S. 75.

4) Weipert in HGB-RGRK, Rdnr. 11 zu § 125.

5) Brodmann, Anm. 3 zu § 36 GmbHGes.

6) Ritter, Anm. 5 zu § 125.

Hinweis ab, Macht könne nicht übertragen werden. Dabei verkennt er aber, daß der Gesellschafter die ihm zustehende Vertretungsmacht nicht überträgt, sondern insoweit lediglich einen Unterbevollmächtigten bestellt [1]. Mit Recht wird eine Vollmacht zur Vertretung eines gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafters daher für zulässig gehalten [2]. Die Bedenken gegen eine generelle Bevollmächtigung, die von allen diesen Autoren geäußert, aber nur von Weipert [3] begründet werden, sind hier ebensowenig gerechtfertigt wie bei der Einzelvertretung.

Die Bedenken gegen eine berechtigende Vertreterklausel sind mithin prinzipiell unbegründet. Doch könnten Zweifel entstehen, ob diese Feststellung auch für die einzelnen Formen dieser Abrede Gültigkeit hat. In diesem Zusammenhang ist besonders die Vereinbarung gemeinschaftlicher Vertretung der Erben-Gesellschafter von Interesse. Vits [4] will die Erben-Gesellschafter zu einer Untergesellschaft zusammenfassen, deren Zweck die gemeinsame Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte sein soll. Er geht jedoch nicht darauf ein, welche Rechte dieser Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zugewiesen werden sollen. Das aber ist wesentlich.

d) Wird die Untergesellschaft als reine Innengesellschaft ausgestaltet, so bleiben die Erben-Gesellschafter mit allen ihren Mitgliedschaftsrechten und -pflichten Teilhaber der öffenen Handelsgesellschaft. Lediglich im Innenverhältnis, also als Untergesellschafter, sind sie verpflichtet, ihr Verhalten gegenüber den Teilhabern der offenen Handelsgesellschaft abzustimmen. Bestellen sie einen Vertreter zur Wahrnehmung ihrer Mitgliedschaftsrechte, so wird dieser der Bevollmächtigte jedes einzelnen Untergesellschafters, dessen Weisungen er folgen muß und dessen Widerruf die Vollmacht beseitigen kann, ohne daß es der Mitwirkung der übrigen Nachfolger bedürfte. Der Bevollmächtigte übt somit die organschaftliche Vertretungsmacht eines jeden Erben-Gesellschafters als dessen Vertreter, nicht als Vertreter "der Untergesellschaft" aus. Die Tatsache, daß alle Nachfolger dieselbe Person zur Ausübung ihrer Mitgliedschaftsrechte bevollmächtigen müssen, ändert daran nichts. Sie ist nicht durch die Struktur der auszuübenden Rechte bedingt, sondern durch die Beschränkung der Befugnis, einen Vertreter zu bestellen.

Eine gemeinschaftliche Vertretung setzt dagegen voraus, daß die Mitgliedschaftsrechte der Nachfolger der von ihnen gebildeten Untergesellschaft zustehen.

---

1) Ritter verweist zur Begründung auf seine Ausführungen zur Prokura (Anm. 5 zu § 52). Dort vertritt er aber gerade den entgegengesetzten Standpunkt.

2) Schlegelberger-Geßler, Rdnr. 19 zu § 125; Baumbach-Duden, Anm. 5 zu § 125; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, Rdnr. 10 zu § 125; Weipert, aaO., Rdnr. 11 zu § 125; Wieland, aaO., S. 597.

3) Weipert, aaO., Rdnr. 11 zu § 125

4) Vits, Gewillkürte Vertr., S. 54 für die verpflichtende Vertreterklausel.

Die Rechte müßten also zum Vermögen der dann als Außengesellschaft anzusehenden Gesamthand der Erben gehören (§ 718 Abs. 1 BGB), so daß die Vollmacht eines einzelnen Nachfolgers und Untergesellschafters schon wegen der Struktur der gesamthänderisch gebundenen Mitgliedschaftsbefugnisse zu deren Ausübung nicht ausreichte. Doch ist es nicht erforderlich, hierauf näher einzugehen. Denn eine solche Vertretervereinbarung scheitert schon daran, daß die Rechte der Nachfolger als Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft nicht Gesamthandvermögen der Untergesellschaft werden können. Die Übertragung der einzelnen Mitgliedschaftsrechte verstieße, von den einzeln übertragbaren Rechten abgesehen, bereits gegen § 717 S. 1 BGB. Und dem Übergang der ganzen Mitgliedschaft stünde § 719 Abs. 1 BGB entgegen. Außerdem würde dann die Untergesellschaft Mitglied der offenen Handelsgesellschaft, was nach herrschender Meinung [1] nicht möglich ist, weil eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts keine geschlossene Einheit bildet. Eine gemeinschaftliche Vollmacht kann infolgedessen nicht erteilt werden.

e) Dagegen bestehen keine Bedenken, die Auswahl des Vertreters zu beschränken. Da die berechtigende Vertreterklausel die Befugnisse der Erben-Gesellschafter lediglich erweitert, sie aber nicht zur Bestellung eines Vertreters zwingt, werden die Rechte der Erben auf diese Weise nicht beeinträchtigt. Und nicht anders sind die Beschränkungen des Umfanges der Vertretungsmacht zu beurteilen. Ihre Zulässigkeit wird erst zweifelhaft, wenn die Erben-Gesellschafter zur Bestellung von Vertretern gezwungen werden.

f) Allerdings ist eine Ausnahme zu beachten. Eine unwiderrufliche Vollmacht zur Ausübung seiner sämtlichen Mitgliedschaftsrechte kann der Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft nicht erteilen. Denn das für den Widerruf maßgebliche Grundverhältnis (§ 168 S. 2 BGB), ein Auftrag oder ein Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen dem Erben und seinem Vertreter, könnte entweder jederzeit widerrufen (§§ 662, 671 BGB) oder doch aus wichtigem Grund (§§ 675, 626 BGB) gekündigt werden. Damit würde dann aber auch die Vollmacht erlöschen. Entgegenstehende Vereinbarungen bezüglich des Grundverhältnisses verstießen schon gegen den Grundsatz, daß Dauerschuldverhältnissen ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund immanent ist [2]. Für den Auftrag gilt das zumindest dann, wenn es sich wie hier nicht nur um einzelne Geschäftsbesorgungen handelt [3].

---

1) Weipert in HGB-RGRK, Rdnr. 28 zu § 105; Baumbach-Duden, Anm. 1 D zu § 105; A. Hueck, OHG, S. 18; Wieland, Handelsrecht Bd. I, S. 830; Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 105; ohne Begründung: Schlegelberger-Geßler, Rdnr. 27 zu § 105.

2) Vgl. statt vieler Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, Rdnr. 3 ff. zu § 626; Enneccerus-Lehmann, § 4, 4.

3) Enneccerus-Lehmann, § 163 I 1a; Staudinger-Nipperdey, Rdnr. 11 zu § 671.

Aber auch unabhängig von dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis würde der Ausschluß des Widerrufs einer so umfassenden Vollmacht die Freiheit des Gesellschafters in sittenwidriger Weise einschränken (§ 138 BGB) [1]. Darauf abzielende Vereinbarungen wären daher nichtig.

Abgesehen von der Abrede, daß die Gesellschafter nur unwiderrufliche Vollmachten erteilen dürfen, ist die berechtigende Vertreterklausel somit auch unter Beschränkungen für zulässig zu erachten.

III. DIE BESCHRÄNKENDE VERTRETERKLAUSEL

1. Der Inhalt der Vereinbarung

In Übereinstimmung mit der berechtigenden Vertretervereinbarung erweitert auch die beschränkende Vertreterklausel die Mitgliedschaftsrechte der Erben-Gesellschafter, indem sie ihnen die Befugnis einräumt, diese Rechte durch einen Bevollmächtigten auszuüben. Zu ihren Bestandteilen gehört aber noch eine weitere Abrede. Die Teilhaber sollen nicht nur zur Bestellung von Vertretern berechtigt sein, sie sollen sich zugleich jeder persönlichen Wahrnehmung ihrer Mitgliedschaftsrechte enthalten. Die Rechte werden ihnen dadurch nicht entzogen. Die Erben bleiben Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft. Aber sie sind den übrigen Mitgliedern der Gesellschaft gegenüber lediglich mittelbar, über den Vertreter, zur Ausübung der Mitgliedschaftsrechte befugt. Und einzelne Mitgliedschaftspflichten, zu deren Erfüllung es der beschränkten Befugnisse bedarf, können nur noch durch Vertreter erfüllt werden. Doch wäre es verfehlt, daraus zu schließen, die Vertreterklausel verpflichte zur Bevollmächtigung. Sind nämlich die Nachfolger zur Teilnahme an Abstimmungen und zur Geschäftsführung zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet, so steht es ihnen frei zu entscheiden, ob sie von ihrer ausschließlich berechtigenden Befugnis überhaupt Gebrauch machen wollen.

Auch bei derartigen, die Rechte der Erben-Gesellschafter teils erweiternden, teils beschränkenden Abreden sind zahlreiche Gestaltungen denkbar. Soweit sie die Befugnis zur Bevollmächtigung betreffen, stimmen sie mit dem Inhalt der berechtigenden Vertreterklausel überein. Auf die Ausführungen dazu [2] kann verwiesen werden. Im übrigen wird hier ein umfassendes Ausübungsverbot zugrundegelegt, weil sich auf diese Weise am besten die Grenzen der Zulässigkeit zeigen lassen.

---

1) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 186 IV 2 b.

2) S. o. S. 73 ff.

2. Die Zulässigkeit der beschränkenden Vertreterklausel

Das Verbot, Mitgliedschaftsrechte persönlich auszuüben, verwandelt die Mitgliedschaft der Erben in eine überwiegend kapitalistische Beteiligung. Zwar bleiben die Erben-Gesellschafter Träger der Mitgliedschaft. Aber unmittelbar eingreifen dürfen sie grundsätzlich nicht mehr. Diese Beschränkung ist es denn auch, die manchen Autoren unvereinbar mit der unbeschränkten Haftung erscheint 1). Ob diese Bedenken berechtigt sind, ist im Rahmen der anschließenden Untersuchung zu klären.

a) Die Wertrechte und -pflichten werden, von der erwähnten Beschränkung der Pflichten abgesehen, durch das Ausübungsverbot in ihrem Bestand nicht beeinträchtigt. Der Erbe ist nach wie vor Gläubiger bzw. Schuldner. Er kann dem Vertreter Weisungen erteilen und ihn notfalls abberufen. Und nur die Vertreterklausel hindert ihn, seine Rechte auch im Verhältnis zur Gesellschaft selbst auszuüben. Doch wird dieses Verbot insoweit eingeschränkt, als Grund zu der Annahme besteht, daß die Geschäfte der Gesellschaft nicht redlich geführt werden. Dann kann sich auch der von der unmittelbaren Ausübung seiner Rechte ausgeschlossene Teilhaber von den Angelegenheiten der Gesellschaft unterrichten (§ 118 Abs. 2 HGB). Im übrigen bleibt es bei dem Grundsatz, daß die Teilhaber ihr Verhältnis zueinander im Rahmen der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie frei gestalten können (§ 109 HGB).

Die den Gesellschaftern gewährten Organisationsgestaltungsrechte unterliegen denselben Prinzipien. Auch hier bleibt der von der persönlichen Ausübung ausgeschlossene Teilhaber Inhaber des Rechts. Nur das Recht, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, darf weder ausgeschlossen noch beschränkt werden (§ 133 Abs. 3 HGB). Darüber hinaus unterliegen die Organisationsgestaltungsrechte der freien Vereinbarung (§ 109 HGB).

Die Organschaftsbefugnisse endlich bleiben ebenfalls unberührt. Die Geschäftsführungsbefugnis und die Vertretungsmacht stehen dem Erben-Gesellschafter nach wie vor zu. Gegen das Verbot, von den Befugnissen persönlich Gebrauch zu machen, bestehen im Innenverhältnis keine Bedenken (§ 109 HGB). Und im Außenverhältnis hat eine solche schuldrechtliche Beschränkung, die die organschaftliche Vertretungsmacht nicht verändert, überhaupt keine Bedeutung.

---

1) A. Hueck in ZHR 125, 1 (4); Siebert in Festschrift für Alfred Hueck zum 70. Geburtstag, S. 321 (335), der sich auf den Grundsatz von Herrschaft und Haftung beruft.

b) Auch gegen den Grundsatz der Selbstorganschaft bei der offenen Handelsgesellschaft [1] wird nicht verstoßen. Die Erben-Gesellschafter müssen sich nur der persönlichen Ausübung ihrer Rechte enthalten. Zu einer anderen Entscheidung käme man vielleicht, wenn sie die Vollmacht nicht widerrufen könnten und ihnen auch jegliche Weisungsbefugnis fehlte. Eine solche Gestaltung wäre nach den Grundsätzen, die der Bundesgerichtshof [2] zur verschleierten Stimmrechtsabtretung entwickelt hat, einer Abtretung der Mitgliedschaftsrechte ohne Übergang der Mitgliedschaftspflichten gleichzuachten und schon wegen Verstoßes gegen § 717 S. 1 BGB nichtig. So weitgehend wird der Gesellschafter durch die beschränkende Vertreterklausel jedoch nicht gebunden. Die Abhängigkeit des Vertreters bleibt vielmehr gewahrt. Auch das Prinzip der Selbstorganschaft ist also mit einer mittelbaren Herrschaft der Erben-Gesellschafter zu vereinbaren.

c) Die Erkenntnis, daß die beschränkende Vertreterklausel den Erben zumindest die mittelbare Herrschaft beläßt, gibt zugleich die Möglichkeit, die Bedeutung des sogenannten Grundsatzes von Herrschaft und Haftung für die Zulässigkeit des Ausübungsverbots zu beurteilen. Legt man Sieberts Formulierung [3] - "außerhalb der notwendigen gesetzlichen Vertretung gibt es keine Fälle, in denen jemand persönlich haften muß, (der) in den Entscheidungen, die eine solche Haftung begründen können, unfreiwillig der Entscheidungsgewalt eines anderen unterworfen ist" - zugrunde, dann wird die Vertreterklausel durch den Grundsatz nicht betroffen. Denn die Erben haben zumindest die mittelbare Herrschaft. Es kann daher auch dahinstehen, ob das Prinzip von Herrschaft und Haftung für die offene Handelsgesellschaft Gültigkeit beanspruchen kann, was soweit ersichtlich bisher nicht nachgewiesen worden ist [4]. Das genannte Prinzip könnte der Zulässigkeit des Ausübungsverbotes allenfalls dann entgegenstehen, wenn der von Siebert behauptete Zusammenhang zwischen unmittelbarer Herrschaft und unbeschränkter Haftung bestünde. Das ließe sich aber nicht mit den Vorschriften des Gesellschaftsrechts in Einklang bringen. Denn die Bestimmungen über die offene Handelsgesellschaft sehen eine solche mittelbare Herrschaft gerade vor.

---

1) Vgl. A. Hueck, OHG, S. 201 f.; ders., Gesellschaftsrecht, S. 8; Wieland, Handelsrecht Bd. I, S. 474; Boesebeck, Die kapitalistische Kommanditgesellschaft, S. 14 ff.

2) BGHZ 3, 354 (358 f.); BGHZ 20, 363 (364 f.).

3) Siebert in Festschrift für Alfred Hueck zum 70. Geburtstag, S. 321 (335).

4) Müller-Erzbach (Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens) will diesen Grundsatz, dessen Geltung für Verbände er untersucht, allerdings auch auf Gesamthandgemeinschaften anwenden (aaO., S. 406 ff.).

Ein Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, dessen unbeschränkte Haftung unabdingbar ist (§§ 105 Abs. 1, 128 HGB), kann sowohl von der Geschäftsführung (§ 114 Abs. 2 HGB) als auch von der Vertretung der Gesellschaft (§ 125 Abs. 1 HGB) ausgeschlossen werden. Diese Organschaftsbefugnisse stehen dann nur den übrigen Teilhabern zu, die infolgedessen nicht nur die zum Gesamthandvermögen gehörenden Rechte allein ausüben und ausschließlich über sie verfügen, sondern auch Rechte erwerben und die Gesellschaft verpflichten können. Der hierin liegenden Gefahren war man sich bei Schaffung der gesetzlichen Regelung sehr wohl bewußt. Der Möglichkeit, ohne irgendwelche Beschränkungen Verbindlichkeiten eingehen zu können (§ 126 HGB), wurden darum zwar durch die Rechte, die Vertretungsmacht zu entziehen (§ 127 HGB), einen Teilhaber auszuschließen (§ 140 HGB) und notfalls die Gesellschaft zu kündigen (§ 133 HGB), gewisse Grenzen gezogen. Sie alle setzen aber einen wichtigen Grund voraus. Liegt ein solcher nicht vor, ist der von Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter nicht in der Lage, sich gegen eine weitere Verschuldung zu schützen.

Ein gewisser Unterschied gegenüber dem hier behandelten Fall der beschränkenden Vertreterklausel ergibt sich zwar aus der Tatsache, daß ein die Gesellschaft verpflichtender Teilhaber auch selbst haftet, während das für den Vertreter nicht gilt. Und das mag für den Gesetzgeber mit ein Grund gewesen sein, trotz unbeschränkter Haftung den Ausschluß von Geschäftsführung und Vertretung zuzulassen. Aber auch der insoweit ausgeschlossene Teilhaber kann durch Bevollmächtigte der Gesellschaft verpflichtet werden, auf deren Bestellung er überdies keinen oder nur geringen Einfluß hat und die selbst allenfalls für eine Verletzung ihrer Vertragspflichten gegenüber der Gesellschaft einstehen müssen. Die unbeschränkte Haftung kann also schon nach dem Gesetz mit einer nur mittelbaren Herrschaft verknüpft sein.

d) Selbst wenn alle bei der Gründung der Gesellschaft beteiligten Mitglieder verstorben sind, so daß die Geschäfte des Unternehmens ausschließlich durch Vertreter der Erben-Gesellschafter geführt werden, bestehen gegen das Ausübungsverbot keine Bedenken. Denn die Teilhaber sind nicht von der Geschäftsführung ausgeschlossen, sondern nur von der unmittelbaren Ausübung der dazu erforderlichen Befugnisse. Darum dürfen sie ihren Vertretern Weisungen erteilen und durch sie die Geschäfte der Gesellschaft führen. Beachtet man außerdem, daß alle Teilhaber jederzeit den Gesellschaftsvertrag ändern können, so gleicht ihre Stellung durchaus derjenigen zur Gesamtgeschäftsführung befugter Gesellschafter, zumal die Vertreter der Erben anders als Vertreter der Gesellschaft an einen pflichtwidrigen Widerspruch eines Gesellschafters oder seines Vertreters nicht gebunden sind. Denn sie unterliegen nur den Weisungen ihrer Vollmachtgeber.

e) Allerdings darf nicht übersehen werden, daß die Möglichkeit, den Erben-Gesellschaftern nur die Erteilung einer ihrem Umfang nach beschränkten

Vollmacht zu gestatten, bei gleichzeitigem Verbot der persönlichen Ausübung dazu führen könnte, daß der Vertreter nicht handeln kann, die Vertretenen nicht handeln dürfen. Die Bevollmächtigungsabrede und das Ausübungsverbot, beide einzeln wirksam, könnten möglicherweise in ihrem Zusammenwirken die Grenzen des Zulässigen überschreiten.

Sind beispielsweise die Erben ausschließlich befugt, einen gemeinsamen Vertreter zur einheitlichen Ausübung ihrer Mitgliedschaftsrechte zu bestellen, und dürfen sie ihre Rechte nicht persönlich wahrnehmen, so besteht die Gefahr, daß der Vertreter bei unterschiedlichen Weisungen der Erben nicht handeln darf. Denn Vollmachtgeber sind die einzelnen Erben, die auch die Weisungen erteilen. Derartige Situationen finden sich aber auch sonst im Gesellschaftsrecht. In einem solchen Fall stehen die Mitglieder nicht anders zueinander als einzeln zur Geschäftsführung befugte Gesellschafter, von denen einer Widerspruch erhoben hat (§ 115 Abs. 1 HGB), bzw. nicht anders als Teilhaber mit Gesamtgeschäftsführungsbefugnis, die sich nicht zu einigen vermögen (§ 115 Abs. 2 HGB). Die Organschaftsbefugnisse der Teilhaber werden also im Innenverhältnis nicht mehr als sonst beschränkt. Und im Außenverhältnis entfalten diese internen Vereinbarungen ohnehin keine Wirkungen. Denn für Dritte ist nur bedeutsam, ob der gemeinsame Vertreter im Zeitpunkt seines Handelns Vertretungsmacht besaß.

Zu keinem anderen Ergebnis führt die Untersuchung bei den Wertrechten, die ausschließlich das Innenverhältnis berühren und ebenfalls der freien Gestaltung der Parteien unterliegen (§ 109 HGB). Die Grenzen für die Beschränkung der Kontrollrechte setzt § 118 Abs. 2 HGB, der im Normalfall dem Zwang zur einheitlichen Ausübung der Kontrolle durch Vertreter nicht entgegenstünde.

Bei den Organisationsgestaltungsrechten schließlich sind in ähnlicher Weise die Grenzen festgelegt, die nicht überschritten werden können. Weder läßt sich das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund einschränken (§ 133 Abs. 3 HGB), noch ist es möglich, die Wahlrechte der Erben eines Teilhabers zu mindern (§ 139 HGB). Lediglich im Hinblick auf die Rechte, Gesellschaftern die Geschäftsführungsbefugnis bzw. die Vertretungsmacht zu entziehen (§§ 117, 127 HGB) oder die Ausschließung eines Teilhabers zu beantragen (§ 140 HGB), könnten Zweifel entstehen, ob das Gebot mittelbarer einheitlicher Ausübung wirksam ist. Diese Organisationsgestaltungsrechte bedürfen aber grundsätzlich zu ihrer Ausübung der Mitwirkung aller Gesellschafter mit Ausnahme des Betroffenen, so daß durch den Zwang zur einheitlichen mittelbaren Wahrnehmung dieser Befugnisse dem einzelnen Erben kein Nachteil widerfährt. Denn entweder gehört der Auszuschließende nicht zu den Erben; dann ist schon nach allgemeinen Regeln die übereinstimmende Mitwirkung aller Erben-Gesellschafter erforderlich. Oder er ist Erbe; dann darf der gemeinsame Vertreter schon wegen des Interessenkonfliktes entweder nur die Rechte des auszuschließenden Erben oder die der übrigen wahrnehmen. Nach Treu und Glauben sind die nicht vertretenen Erben dann berechtigt, ohne den betroffenen Erben-Gesellschafter einen eigenen gemeinsamen Vertreter zu bestellen.

Die Erben-Gesellschafter könnten mit den übrigen Teilhabern also durchaus ein umfassendes Verbot unmittelbarer Ausübung verbunden mit der Befugnis zur einheitlichen mittelbaren Wahrnehmung ihrer Mitgliedschaftsrechte vereinbaren. Und selbst eine Abrede, die sogar den Umfang der mittelbaren Ausübung weiter einschränkt, ihn etwa auf die Vertretungsmacht eines Handlungsbevollmächtigten begrenzte (§ 54 HGB), wäre als wirksam anzusehen. Denn alle Teilhaber gemeinsam wären immer befugt, auch solche Rechtsgeschäfte abzuschließen, die diesen Rahmen überschritten.

f) Einwände gegen die beschränkende Vertreterklausel ließen sich dann nur noch darauf stützen, daß nicht die Erben die Beschränkungen vereinbarten, sondern ihr Erblasser. Es müßten also erbrechtliche Bestimmungen dem Übergang der eingeschränkten Mitgliedschaft auf die Erben entgegenstehen. Derartige Vorschriften sind nicht ersichtlich. Die Erben erwerben die Mitgliedschaft in der Form, die der Gesellschaftsvertrag vorsieht, mit allen Rechten und Pflichten (§§ 1922, 1967 Abs. 1 BGB), mögen sie dem Erblasser auch nicht in dieser Form zugestanden haben. Verbindlichkeiten, deren Tatbestand in der Person des Erblassers noch nicht vollständig begründet war, gehen auch dann auf sie über, wenn weitere Wirksamkeitsvoraussetzungen erst nach dem Tode eintreten [1]. Gleiches gilt für Anwartschaften.

g) Zusammenfassend ist festzustellen, daß die beschränkende Vertreterklausel weder die Mitgliedschaftsrechte und -pflichten der Erben-Gesellschafter in ihrem Bestande beeinträchtigt noch das Prinzip der Selbstorganschaft verletzt. Allerdings ist den Erben grundsätzlich die persönliche Ausübung untersagt. Die aus diesem Verbot folgende mittelbare Herrschaft ist jedoch mit den Regeln des Gesellschaftsrechts selbst dann zu vereinbaren, wenn sämtliche Teilhaber von der persönlichen Ausübung ausgeschlossen und sogar die Vollmachten der Vertreter beschränkt sind. Da auch gegen den Erwerb der Mitgliedschaft kraft Erbrechts keine Bedenken bestehen, ist die beschränkende Vertreterklausel mithin als zulässig anzusehen.

IV. DIE VERPFLICHTENDE VERTRETERKLAUSEL

1. Der Inhalt der Vereinbarung

Die verpflichtende Vertreterklausel engt die Entschlußfreiheit der Erben-Gesellschafter noch weiter ein. Zwar gewährt auch sie, wie die schon dargestellten Abreden, den Erben die Befugnis, die Mitgliedschaftsrechte durch einen Be-

1) Staudinger-Lehmann, Rdnr. 4 zu § 1967; Ehard-Eder in Soergel-Siebert, Rdnr. 1 zu § 1967; Johannsen in BGB-RGRK, Rdnr. 5 zu § 1967.

vollmächtigten ausüben zu lassen. Im Gegensatz zur beschränkenden Vertreterklausel schließt sie aber die Nachfolger des verstorbenen Gesellschafters nicht nur von der persönlichen Ausübung der Mitgliedschaftsrechte aus, sondern verpflichtet sie auch noch, Bevollmächtigte zu bestellen. Die Erben haben also nicht einmal mehr die Wahl, ob sie einen Vertreter mit der Wahrnehmung ihrer Rechte beauftragen wollen oder nicht.

Auch diese Abrede kann in der unterschiedlichsten Weise ausgestaltet werden. Sofern die Befugnis zur Bevollmächtigung in Betracht kommt, sind die wichtigsten Möglichkeiten schon bei der berechtigenden Vertretervereinbarung [1] behandelt worden. Und das Ausübungsverbot ist für die Zulässigkeitsprüfung hier wie bei der beschränkenden Abrede [2] so weit wie möglich zu fassen. Es bliebe also nur noch die Verpflichtung zur Bestellung eines Vertreters zu erörtern. Obgleich auch da zahlreiche Abstufungen denkbar sind, ist in der Mehrzahl der Fälle doch nur eine Klausel von Interesse, nämlich diejenige, die die Erben-Gesellschafter zwingt, in vollem Umfang von ihrer Befugnis zur Bevollmächtigung Gebrauch zu machen. Da die übrigen Bestandteile der verpflichtenden Vertreterklausel bereits auf ihre Zulässigkeit überprüft worden sind, wird die Untersuchung vor allem auf die Verpflichtung zur Bestellung eines Vertreters einzugehen haben.

2. Die Zulässigkeit der verpflichtenden Vertreterklausel

Man könnte versucht sein, die Verpflichtung zur Vollmachterteilung schon deswegen für zulässig zu halten, weil gegen die Befugnis der Erben-Gesellschafter, einem Vertreter die Ausübung ihrer Rechte zu übertragen, keine Bedenken bestehen [3]. Wer so argumentiert, übersieht jedoch, daß schon im Ausschluß der Möglichkeit, sich für oder gegen die Wahrnehmung der durch die Klausel eingeräumten Befugnisse zu entscheiden, ein Zwangsmoment liegt, das über den bloßen Inhalt dieser Befugnisse hinausgeht. Sieht der Gesellschaftsvertrag beispielsweise vor, daß nur ein Erbe oder nur ein Teilhaber bevollmächtigt werden dürfe, so begründet diese Abrede hier bereits die Pflicht des Erben-Gesellschafters, einer dieser Personen Vertretungsmacht zu gewähren. Das bedeutet aber, daß der Erbe gezwungen wäre, einen Bevollmächtigten zu wählen, dessen Interessen leicht mit seinen eigenen in Konflikt geraten könnten.

Um den hier hervortretenden Gegensatz zu beurteilen, muß man auf den Zweck der Vertreterklausel zurückgehen. Der Sinn der Abrede liegt nicht darin, dem Erben-Gesellschafter jeglichen Einfluß auf die Geschicke der Gesellschaft

1) S. o. S. 73 ff.

2) S. o. S. 82.

3) S. o. S. 82.

zu nehmen. Wollte man dieses Ziel erreichen, hätte man den Erben ihre Rechte so weit wie möglich entziehen, sie also etwa Kommanditisten werden lassen müssen. Die Abrede soll vielmehr die Zusammenarbeit dadurch erleichtern, daß ein sachkundiger Vertreter für einen Erben oder auch für mehrere die Mitgliedschaft verwaltet. Diesem Zweck entsprechend sind Klauseln, die die Vertreterwahl auf Personen beschränken, die mit den Erben-Gesellschaftern aufgrund ihres Verhältnisses zur Gesellschaft in Interessenkonflikte geraten können, dann für die Erteilung einer Vollmacht nicht bindend, wenn den Erben-Gesellschaftern die Bevollmächtigung der bezeichneten Personen wegen dieses Gegensatzes nicht zuzumuten ist. In einem solchen Fall sind die übrigen Teilhaber nach Treu und Glauben verpflichtet, der Bestellung eines anderen geeigneten Vertreters zuzustimmen [1].

Bedenken gegen die Zulässigkeit der verpflichtenden Vertreterklausel könnten sich dann nur noch aus dem Umfang der Vertretungsmacht ergeben. Da jedoch der Vertreter von den einzelnen Erben-Gesellschaftern bevollmächtigt wird, der Widerruf der Vollmacht, wie in anderem Zusammenhang ausgeführt [2], nicht ausgeschlossen werden kann und außerdem die Erben-Gesellschafter Weisungen erteilen dürfen, ist kein Grund ersichtlich, selbst die Verpflichtung, eine umfassende Vollmacht zur Ausübung der Mitgliedschaftsrechte zu erteilen, für unzulässig zu halten. Und für weniger umfassende Vollmachten gilt das erst recht. Der Verpflichtung, einen Vertreter zu berufen, könnte dann nur noch entgegenstehen, daß die Erben beim Abschluß dieser Vereinbarung nicht beteiligt waren. Doch handelt es sich um eine Erblasserschuld (§ 1967 Abs. 2 BGB), deren Verpflichtungstatbestand zwar in der Person des Erblassers noch nicht erfüllt war, mit der Nachfolge mehrerer Erben aber erfüllt ist. Diese Verbindlichkeit geht gemäß §§ 1922, 1967 Abs. 1 BGB auf die Erben über. Auch die verpflichtende Vertreterklausel ist daher innerhalb der angegebenen Grenzen als zulässig anzusehen.

V. ÜBERBLICK ÜBER DEN STAND DER UNTERSUCHUNG

Mit der Feststellung, daß es prinzipiell möglich ist, die Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag offener Handelsgesellschaften durch Vertretervereinbarungen zu ergänzen, ist ein weiteres Zwischenergebnis erzielt worden. Es erscheint daher zweckmäßig, die bisher erarbeiteten Grundsätze zusammenzufassen:

1. Die Mitgliedschaft in einer Gesamthandgemeinschaft setzt sich aus Wertrechten und -pflichten, Organisationsgestaltungsrechten und Organschaftsbefugnissen zusammen. Bei mehrheitlicher Zuständigkeit gehört auch der Sachanteil, der die unmittelbare Mitberechtigung verkörpert, zu den Bestandteilen der Mitgliedschaft.

---

1) So auch A. Hueck in ZHR 125, 1 (15 f.).

2) S. o. S. 81 f.

2. Enthält der Gesellschaftsvertrag einer offenen Handelsgesellschaft eine Nachfolgeklausel, so wird die unübertragbare Mitgliedschaft mit dem Tode ihres Trägers aufgrund der Bestimmungen der Gesellschaftsorganisation in quantitativ den Erbquoten entsprechende, qualitativ der Teilhaberschaft des Erblassers gleiche selbständige Mitgliedschaften aufgespalten, die die einzelnen Miterben unmittelbar im Wege der Erbfolge erwerben. Nur die ebenfalls aufgespaltenen Wertrechte fallen ganz oder teilweise in den gemeinschaftlichen Nachlaß.

3. Die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte mehrerer Erben durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten kann im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden. Dabei sind drei typische Abreden zu unterscheiden, nämlich die berechtigende, die beschränkende und die verpflichtende Vertreterklausel. Alle drei können zulässigerweise vereinbart werden.

Gestützt auf diese Ergebnisse muß nun geklärt werden, in welcher Weise mit Hilfe zulässiger Vertreterklauseln die unerwünschten Folgen der Vervielfältigung einer Mitgliedschaft beim Erbgang eingeschränkt werden können. Das aber setzt voraus, daß die Wirkungen der Vertreterklauseln bekannt sind. Sie sollen daher im nächsten Abschnitt herausgearbeitet werden.

B) DIE WIRKUNGEN DER VERTRETERKLAUSELN

I. VORBEMERKUNGEN

Bereits bei der Prüfung der Zulässigkeit von Vertretervereinbarungen hat es sich als zweckmäßig erwiesen, verschiedene Grundformen derartiger Abreden zu unterscheiden. Dieses Verfahren, das auf die wesentlichen Merkmale dieser Vertragsbestimmungen abstellt, soll auch der Untersuchung der Wirkungen zugrundegelegt werden. Um hier von vornherein eine feste Basis zu schaffen, wird künftig unter der berechtigenden Vertreterklausel eine Abrede folgenden Inhalts verstanden:

> Stirbt ein Gesellschafter, so werden seine Erben Mitglieder der Gesellschaft. Sie sind befugt, sich durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten (bzw. einen gemeinsamen, nur zu übereinstimmenden Erklärungen für alle Vertretenen berechtigten Bevollmächtigten) bei der Ausübung ihrer Mitgliedschaftsrechte vertreten zu lassen.

Bei der beschränkenden Vertreterklausel wird dem lediglich der Satz hinzugefügt:

> Von der persönlichen Wahrnehmung dieser Rechte sind sie ausgeschlossen, soweit nicht zwingende gesetzliche Vorschriften dem entgegenstehen.

Und die verpflichtende Vertreterklausel lautet vollständig:

> Stirbt ein Gesellschafter, so werden seine Erben Mitglieder der Gesellschaft. Sie sind verpflichtet, einen gemeinsamen Bevollmächtigten (bzw. einen gemeinsamen, nur zu übereinstimmenden Erklärungen für alle Vertretenen berechtigten Bevollmächtigten) zur Ausübung ihrer Mitgliedschaftsrechte zu bestellen. Von der persönlichen Wahrnehmung dieser Rechte sind sie ausgeschlossen, soweit nicht zwingende gesetzliche Vorschriften dem entgegenstehen.

Alle drei Vertreterklauseln enthalten nur solche Abreden, deren Vereinbarung zulässig ist, wie die vorausgegangenen Erörterungen gezeigt haben. Sie können daher unbedenklich der Untersuchung zugrundegelegt werden.

Diese soll sich aber auch auf sie beschränken. Da im Verhältnis der Gesellschafter zueinander im wesentlichen Vertragsfreiheit herrscht, ist es gänzlich ausgeschlossen, sämtliche Variationen derartiger Abreden zu behandeln. Es ist infolgedessen auf die wesentlichen Merkmale abzustellen. Und gleichermaßen können nur einige der zahlreichen möglichen Typen von Mitgliedschaften berücksichtigt werden. Hier ist insbesondere von Interesse, inwieweit die Erben-Gesellschafter zur Mitarbeit verpflichtet sind, ob sie also etwa die Geschäfte der Gesellschaft führen bzw. an Abstimmungen teilnehmen müssen oder ob ihnen ausschließlich ein Recht zur Mitwirkung zusteht. Im übrigen ist der Umfang ihrer Befugnisse nur von untergeordneter Bedeutung. Es kann daher auch offen bleiben, ob die Erben-Gesellschafter Komplementare oder Kommanditisten sind. Denn beide Arten der Beteiligung unterscheiden sich, was die Mitgliedschaftsrechte angeht, nur dem Umfang nach.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze sind zunächst die Wirkungen der Vertreterklausel im Verhältnis der Nachfolger zueinander zu erörtern (II). Daran anschließend ist auf die Beziehungen der Nachfolger zu ihrem gemeinsamen Vertreter (III) und auf dessen Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern (IV) einzugehen. Zwar entstehen diese Beziehungen nicht unmittelbar als Wirkungen der Vertreterklausel, sondern erst aufgrund der Bevollmächtigung und als Folge der Tätigkeit des Vertreters. Ohne Kenntnis der durch die Erfüllung der Vertreterklausel geschaffenen Verhältnisse lassen sich aber auch die Wirkungen dieser Vertragsbestimmung im Verhältnis der Nachfolger zur offenen Handelsgesellschaft (V) und zu den Altgesellschaftern (VI) nur unvollkommen erfassen. Auch diese nur mittelbaren Folgen sind daher zu behandeln. Schließlich bleibt noch der Sonderfall zu erörtern, daß statt mehrerer Nachfolger nur ein Erbe Gesellschafter wird (VII).

II. DIE WIRKUNGEN IM VERHÄLTNIS DER NACHFOLGER ZUEINANDER

1. Die Beziehungen bei Vereinbarung einer berechtigenden Vertreterklausel

a) Der Anspruch auf Mitwirkung bei der Bevollmächtigung

Enthält der Gesellschaftsvertrag einer offenen Handelsgesellschaft eine berechtigende Vertreterklausel, so sind die Nachfolger nur befugt, einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen. Sie müssen sich also zumindest über die Person des zu Bevollmächtigenden einigen, soll die Befugnis ausgeübt werden. Die Weigerung eines Nachfolgers mitzuwirken, kann also schon die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters verhindern. Damit wird die Frage aufgeworfen, ob die Erben-Gesellschafter einander zur Mitwirkung verpflichtet sind. Der Klausel selbst läßt sich eine solche Verpflichtung nicht entnehmen. Und da die Erben als einzelne Teilhaber der Gesellschaft geworden sind [1], also in keinem besonderen Gemeinschaftsverhältnis zueinander stehen, läßt sich auch aus ihrer Erbengemeinschaft keine derartige Pflicht ableiten. Aus der berechtigenden Vertreterklausel ergibt sich mithin weder unmittelbar noch mittelbar ein Mitwirkungsanspruch.

Allerdings kann der Erblasser seine Nachfolger durch Vertrag oder u.U. auch durch letztwillige Verfügung [2] verpflichten, ihre Mitgliedschaftsrechte nur mittelbar auszuüben. Doch handelt es sich dann nicht um Folgen der Vertreterklausel. Nur auf deren Wirkungen kommt es aber im Rahmen dieser Untersuchung an.

b) Die rechtliche Bedeutung der Mitwirkung

aa) Sind die Nachfolger auch nicht zur Mitwirkung verpflichtet, so wird ihr gemeinsames Interesse sie doch oft zusammenführen und sie veranlassen, freiwillig einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen. Dabei ergeben sich verschiedene Möglichkeiten. Die Erben-Gesellschafter können sich einmal darauf beschränken, eine geeignete Person auszuwählen. Soll sich ihre Übereinkunft darin erschöpfen, wird man ihr Zusammenwirken zum Zwecke der Wahl des Vertreters als Gelegenheitsgesellschaft aufzufassen haben. Mit der Wahl des Vertreters ist der Zweck dieser Gesellschaft bürgerlichen Rechts erreicht, und sie wird aufgelöst. Jeder Nachfolger kann den Gewählten bevollmächtigen, er ist jedoch nicht dazu verpflichtet.

---

1) S. o. S. 52 ff., insbes. S. 68.

2) Auf die Streitfrage, ob der Erblasser seinen Nachfolgern die Auflage erteilen kann, bestimmte Personen zur Verwaltung der Mitgliedschaft zu bevollmächtigen, ist hier nicht einzugehen. Vgl. dazu etwa Richardi, Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers an der Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft, S. 46 ff.

Die Nachfolger können sich aber auch über den konkreten Anlaß hinaus einigen, in welcher Weise sie in künftigen Fällen die Person des gemeinsamen Vertreters bestimmen wollen. Sie können eine Verpflichtung zur Bestellung vereinbaren, eine Mehrheitswahl zulassen, Abreden über die Erteilung von Weisungen treffen und auch die Abberufung des Vertreters regeln. Sie bilden damit innerhalb der Grenzen, die die Vertreterklausel und überhaupt der Gesellschaftsvertrag der offenen Handelsgesellschaft ihnen ziehen, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 705 BGB). Diese sogenannte Untergesellschaft [1], das muß hier nochmals [2] betont werden, ist aber nicht Trägerin der Mitgliedschaftsrechte der Nachfolger. Sie erzeugt Rechte und Pflichten grundsätzlich nur im Verhältnis der Nachfolger zueinander. Immerhin ist im Verhältnis zu dem gemeinsamen Vertreter eine abweichende Gestaltung möglich.

bb) Beschränken sich die Untergesellschafter darauf, ihr Verhalten gegenüber dem Vertreter und gegenüber den übrigen Mitgliedern der offenen Handelsgesellschaft aufeinander abzustimmen, so daß diese Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nach außen nicht in Erscheinung tritt, dann bilden sie eine echte Innengesellschaft [3]. Jeder Untergesellschafter bevollmächtigt selbständig die zum Vertreter bestimmte Person und beauftragt sie zugleich, seine Mitgliedschaftsrechte nach seinen Weisungen wahrzunehmen. Bevollmächtigung und Geschäftsbesorgungsvertrag [4] begründen mithin nur rechtliche Beziehungen zwischen dem Mitglied der offenen Handelsgesellschaft und seinem Vertreter.

Schließen die Erben dagegen als Mitglieder der BGB-Gesellschaft mit dem gewählten Vertreter gemeinschaftlich einen Geschäftsbesorgungsvertrag, dann tritt die Untergesellschaft mit Nichtgesellschaftern in Rechtsbeziehungen und verliert damit das die Innengesellschaften kennzeichnende Merkmal, ausschließlich auf das Verhältnis der Gesellschafter zueinander bezogen zu sein [5]. Zwar wird der gemeinsame Vertreter auch in diesem Fall von jedem Erben-Gesellschafter allein bevollmächtigt. Das Verhältnis zu den übrigen Teilhabern der offenen Handelsgesellschaft ändert sich also nicht. Die Erben können als Teilhaber der Untergesellschaft dem gemeinsamen Bevollmächtigten aber nur noch gemeinschaftlich

1) So die treffende Bezeichnung von A. Hueck in ZHR 125, 1 (13)

2) S. o. S. 80 f.

3) Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 46 ff. vor § 705; Düringer-Hachenburg-Geiler, Bd. II, 1, Allgemeine Einleitung, Rdnr. 315 ff.; Fischer in BGB-RGRK, Rdnr. 5 vor § 705.

4) Im folgenden soll zur Vereinfachung der Darstellung nur vom Geschäftsbesorgungsvertrag gesprochen werden, obgleich auch Verträge anderen Typs geschlossen werden können. Welche Möglichkeiten den Gesellschaftern hier offenstehen siehe unten S. 103 ff.

5) Vgl. Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 46 a, b vor § 705; Düringer-Hachenburg-Geiler, aaO., Rdnr. 315; Fischer in BGB-RGRK, Rdnr. 5 vor § 705.

Weisungen erteilen (§ 709 BGB); denn insoweit handelt es sich um Maßnahmen zur Geschäftsführung der Untergesellschaft. Und aus dem gleichen Grunde können sie den Geschäftsbesorgungsvertrag nur gemeinschaftlich kündigen. Stehen der Untergesellschaft folglich Rechte gegen den gemeinsamen Vertreter zu, so ist sie damit als Gesamthandaußengesellschaft zu qualifizieren.

Diese Bezeichnung kann gerade im Rahmen der vorliegenden Untersuchung leicht zu dem Irrtum verleiten, der Untergesellschaft stünden auch die Mitgliedschaftsrechte der Erben-Gesellschafter zu. Zwar ist bereits nachgewiesen worden 1), daß eine solche Übertragung ausgeschlossen ist. Um bei den weiteren Erörterungen aber jeden Irrtum von vornherein unmöglich zu machen, soll die oben beschriebene Form der Untergesellschaft als unechte Innengesellschaft bezeichnet werden. Darin kommt am besten zum Ausdruck, daß abgesehen von dem Geschäftsbesorgungsvertrag keine weiteren Rechtsbeziehungen der Untergesellschaft zu Dritten existieren.

cc) Gelegenheitsgesellschaft, echte und unechte Innengesellschaft sind also die Organisationsformen, die es den Nachfolgern ermöglichen, ihre Interessen aufeinander abzustimmen und so die Voraussetzungen der berechtigenden Vertreterklausel für die mittelbare Ausübung der Mitgliedschaftsrechte zu erfüllen. Wird lediglich die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters verlangt, genügt schon die Bildung einer Gelegenheitsgesellschaft. Erfordert die Befugnis zur Bevollmächtigung dagegen eine Vollmacht zur ausschließlich einheitlichen Ausübung der Mitgliedschaftsrechte, so müssen sich die Nachfolger enger zusammenschließen, um dem entsprechen zu können. In einem solchen Fall bleibt ihnen nur die Wahl zwischen den beiden Innengesellschaften.

dd) Damit ist die Frage nach den Beziehungen der Nachfolger zueinander, die sich bei Vereinbarung einer berechtigenden Vertreterklausel ergeben können, im wesentlichen beantwortet. Nur eine Situation ist bisher noch nicht berücksichtigt worden: Unklar bleibt nämlich, was geschieht, wenn die Nachfolger zwar zur Wahl eines gemeinsamen Bevollmächtigten zusammenkommen, sich über dessen Person aber nicht einigen können. Insoweit bestehen keine Bedenken gegen die Auffassung, die Teilnahme an der Wahl sei als stillschweigender Abschluß eines Vertrages über die Gründung einer Untergesellschaft anzusehen 2). Zweifelhaft ist nur, ob die Minderheit verpflichtet ist, sich dem Votum der Mehrheit zu beugen.

Diese Frage kann hier jedoch unbeantwortet bleiben. Da es jedem Nachfolger freisteht, sich an der Wahl zu beteiligen, er die Untergesellschaft außerdem jederzeit kündigen könnte (§§ 723 f. BGB) und ihm darüber hinaus die persönliche

1) S. o. S. 80 f.

2) So A. Hueck in ZHR 125, 1 (13).

Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte nicht verwehrt ist, hat sie keine praktische Bedeutung. In diesem Ergebnis kommt zugleich zum Ausdruck, daß die lediglich berechtigende Vertreterklausel kaum geeignet ist, dem Schutze der Interessen der Altgesellschafter [1] zu dienen. Denn diese wollen die bestehende Macht- und Zuständigkeitsverteilung erhalten, nicht aber sie weiter komplizieren. Eine Vertreterklausel dieses Typs hat daher allenfalls dann einen Sinn, wenn der Erblasser die Erben zwingt, ihre Mitgliedschaftsrechte mittelbar einheitlich auszuüben. Da er dazu aber nicht verpflichtet ist, vielmehr sogar Zweifel bestehen, ob er durch letztwillige Verfügungen in Form von Auflagen oder Bedingungen dieses Ziel überhaupt erreichen kann [2], bringt eine derartige Vertragsbestimmung mehr Nachteile als Vorteile. Das wird bei einem abschließenden Vergleich der Zweckmäßigkeit der verschiedenen Vertreterklauseln zu berücksichtigen sein.

2. Die Beziehungen bei Vereinbarung einer beschränkenden Vertreterklausel

a) Der Anspruch auf Mitwirkung bei der Bevollmächtigung

Bei der beschränkenden Vertreterklausel erlangt die Frage, mit welchen Mitteln die Nachfolger einander zur Mitwirkung bei der Wahl und bei der Bevollmächtigung eines gemeinsamen Vertreters veranlassen können, infolge des Ausschlusses der Erben-Gesellschafter von der persönlichen Ausübung ihrer Mitgliedschaftsrechte erheblich größere Bedeutung. Hängt es doch unter Umständen von ihrer Beantwortung ab, ob einzelne Erben überhaupt in der Lage sind, von ihren Rechten Gebrauch zu machen. Der Klausel selbst ist eine Verpflichtung zur Bestellung eines gemeinsamen Vertreters nicht zu entnehmen. Sie gewährt den Erben-Gesellschaftern lediglich die Befugnis, ihre Rechte durch einen gemeinsamen Vertreter auszuüben, und schließt zugleich das Recht der persönlichen Wahrnehmung aus [3]. Eine Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Bevollmächtigung müßte sich daher den übrigen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages entnehmen lassen.

aa) War nach dem Gesellschaftsvertrage der Erblasser zur Geschäftsführung (§ 114 Abs. 1 HGB) und zur Teilnahme an Abstimmungen verpflichtet und haben die Nachfolger inhaltlich gleiche Mitgliedschaften erworben, so müssen die Erben

1) S. o. S. 4 ff., insbes. S. 5.

2) Vgl. dazu Richardi, Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers an der Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft, S. 46 ff.; Siebert in Festschrift für Alfred Hueck zum 70. Geburtstag, 321 (332 ff.); A. Hueck, OHG, S. 304 f., insbes. Anm. 51.

3) S. o. S. 90.

schon aus diesem Grunde bei der Bestellung eines gemeinsamen Vertreters mitwirken, wollen sie nicht ihre Pflicht zur Mitarbeit in der Gesellschaft verletzen. Denn jeder Teilhaber und folglich auch jeder Nachfolger hat das Recht, die Leistung der vereinbarten Beiträge, hier also die Leistung von Diensten durch den gemeinsam zu bestellenden Bevollmächtigten, zu verlangen.

Daraus ergibt sich die Frage, ob die Nachfolger auch berechtigt sind, voneinander die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters oder die Gründung einer Untergesellschaft zu fordern. Doch wird man diese Frage verneinen müssen. Die Pflicht zur Geschäftsführung setzt eine auf den Gesellschaftszweck gerichtete Tätigkeit voraus[1]. Dazu gehört aber weder die Bevollmächtigung noch die Bildung einer Untergesellschaft, die nur Wirkungen im Verhältnis der Nachfolger zueinander entfaltet. Und nichts anderes gilt für eine etwa vorgesehene Pflicht zur Teilnahme an Abstimmungen. Zwar müssen die Erben einem Bevollmächtigten die Ausübung ihrer Rechte übertragen, wenn sie ihre Pflichten erfüllen wollen. Dadurch werden die zur Erfüllung notwendigen Vorbereitungshandlungen aber nicht zum Schuldinhalt.

Den Teilhabern bleibt daher nur die Möglichkeit, von dem die Mitwirkung bei der Bevollmächtigung verweigernden Nachfolger wegen Verletzung seiner Geschäftsführerpflichten Schadenersatz zu verlangen oder ihn bei beharrlicher Weigerung aus der Gesellschaft auszuschließen (§ 140 HGB). Sie können ihn also nur mittelbar zwingen, an der Wahl des Vertreters teilzunehmen.

bb) War dagegen der Erblasser nach dem Gesellschaftsvertrage lediglich berechtigt, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen, und stand ihm nur ein Stimmrecht zu, dann läßt sich nicht einmal mittelbar ein Zwang auf seine Erben ausüben, bei der Bestellung eines gemeinsamen Vertreters mitzuwirken. Doch unterliegen auch derart privilegierte Teilhaber der gegenseiten Treuepflicht. Man könnte daher die Frage aufwerfen, ob nicht aus dem Zweck der beschränkenden Vertreterklausel, die Beziehungen der Gesellschafter untereinander zu erleichtern, bei Berücksichtigung der Treuepflicht den Nachfolgern oder allen Teilhabern ein Anspruch gegen die Erben erwächst, bei der Bestellung eines gemeinsamen Vertreters mitzuwirken.

Eine sinnvolle Antwort auf diese Frage muß zweierlei unterscheiden. Das den Nachfolgern im Gesellschaftsvertrag eingeräumte Recht, ihre Befugnisse mittelbar auszuüben, ohne dazu verpflichtet zu sein, soll den begünstigten Teilhabern gerade die Wahl lassen, ob sie durch Vermittlung eines Vertreters mitarbeiten wollen oder nicht. Nur in dringenden Fällen, wenn etwa die übrigen geschäftsführenden Gesellschafter verhindert sind, und eilige Maßnahmen zur Abwendung eines Schadens erforderlich werden, kann man daher aus der positiven Treuepflicht

1) A. Hueck, OHG, S. 82.

eine Pflicht zum Eingreifen ableiten [1]. Normalerweise ist daher kein Nachfolger gezwungen, seine Rechte wahrzunehmen. Hat er sich aber zu deren Ausübung mit anderen Erben in einer Untergesellschaft zusammengeschlossen, dann muß er seine Pflichten als Teilhaber dieser Gesellschaft erfüllen. Das aber ist keine Wirkung der Vertreterklausel, sondern eine Folge des freiwilligen Zusammenschlusses zu einer Untergesellschaft.

cc) Für die zur Mitarbeit nicht verpflichteten Nachfolger ergibt sich daraus das weitere Problem, ob nur sämtliche Erben-Gesellschafter einen gemeinsamen Vertreter bestellen können oder ob diejenigen, die an einer Mitwirkung überhaupt nicht interessiert sind, dabei unberücksichtigt bleiben dürfen. Da immer nur jeder Teilhaber für seine Mitgliedschaftsrechte Vollmachtgeber sein kann [2], sind Kollisionen ausgeschlossen. Die Befugnisse werden lediglich für die Vertretenen ausgeübt, die Gewinnansprüche beispielsweise also für die jeweils Berechtigten. Soweit derartige Ansprüche der Erbengemeinschaft zustehen [3], zu der auch Nichtgesellschafter gehören können, sind sie so zu behandeln, als habe schon der Erblasser sie abgetreten. Sie unterliegen daher nicht der Vertreterklausel. Schwierigkeiten ergeben sich allerdings, wenn den Nachfolgern Gesamtgeschäftsführungsbefugnis und Gesamtvertretungsmacht zustehen. Dann bedürfte es zur Wahrnehmung dieser Befugnisse der mittelbaren Mitwirkung aller Erben-Gesellschafter. Doch läßt sich auch daraus im Normalfall keine Bevollmächtigungspflicht ableiten. Bestellt auch nur ein Erbe keinen Vertreter, wirkt die Klausel wie ein Ausschluß der Nachfolger von Geschäftsführung und Vertretung.

Selbst die Tatsache, daß durch die Weigerung, sich an der Bevollmächtigung zu beteiligen, etwa die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht unmöglich gemacht wird, weil diese Maßnahmen einen Antrag aller nicht betroffenen Gesellschafter voraussetzen (§§ 117, 127 HGB), führt zu keinem anderen Ergebnis. Zwar wird behauptet, die Teilhaber seien zur Mitwirkung bei einer Entziehungsklage verpflichtet, wenn ein wichtiger Grund vorliege und die Entziehung der Befugnisse dem Interesse der Gesellschaft entspreche [4]. Dabei wird aber übersehen, daß es im Belieben eines jeden Teilhabers steht, seine selbstnützigen Organisationsgestaltungsrechte geltend zu machen. Zur Änderung der Grundlagen der Gesellschaft ist kein Teilhaber gegen seinen Willen verpflich-

1) Vgl. A. Hueck, OHG, S. 140.
2) S. o. S. 80 f.
3) Vgl. dazu oben S. 61 ff.
4) Karger in DJZ 1928, 1074; Kohler in NJW 1951, 5 ff.; Fischer in NJW 1959, 1057 ff. (1060).

tet [1]. Wenn Fischer [2] demgegenüber unter Berufung auf eine Entscheidung des Reichsgerichts [3] darauf hinweist, daß die Weigerung ein gesellschaftswidriges Verhalten darstellen und sogar Schadenersatzpflichten begründen könne, so liegt darin ein Zirkelschluß. Denn aufgrund der Treuepflicht [4] kann von einem Teilhaber nur ein Beitrag zur Erreichung des Gesellschaftszwecks im Rahmen des Gesellschaftsvertrages verlangt werden (§§ 105 Abs. 2 HGB, 705 BGB). Aus der Treuepflicht kann sich folglich nicht die Verpflichtung ergeben, den Gesellschaftsvertrag und damit die Grenzen der Treuepflicht zu ändern. Ist es den Mitgliedern infolge der Weigerung eines Nachfolgers, einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen, daher nicht möglich, einem Teilhaber die Geschäftsführungsbefugnis oder die Vertretungsmacht zu entziehen, so haben sie keine andere Wahl, als die Auflösung der Gesellschaft zu betreiben (§ 133 HGB).

Es läßt sich nicht verkennen, daß eine derartige Gestaltung Nachteile für die Erben mit sich bringen kann. Doch sind diese vom Erblasser in Kauf genommen worden. Die Nachfolger müssen sie also entweder tragen oder die sich weigernden Miterben umstimmen, indem sie etwa deren Anteil an der dem Vertreter zu zahlenden Vergütung übernehmen.

dd) Mithin ist daran festzuhalten, daß auch die beschränkende Vertreterklausel den Nachfolgern keinen Anspruch gewährt, voneinander die Bildung einer Untergesellschaft und die Bevollmächtigung eines gemeinsamen Vertreters zu verlangen. Den Nachfolgern bleibt nur die Möglichkeit, von den zur Geschäftsführung oder zur Teilnahme an Abstimmungen verpflichteten Erben, die diese Pflichten nur durch einen gemeinsamen Vertreter erfüllen können, Schadenersatz zu verlangen oder ihren Ausschluß aus der Gesellschaft zu betreiben, um sie so indirekt zur Mitwirkung bei der Bevollmächtigung zu veranlassen.

b) Die rechtliche Bedeutung der Mitwirkung

Begründet auch die beschränkende Vertreterklausel keine Verpflichtung, einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen, sind also die Nachfolger nur dann zur mittelbaren Ausübung ihrer Rechte gezwungen, wenn es ihnen nach dem Gesellschafts-

1) A. Hueck, OHG, S. 107, 217; ders. in Festschrift für Rudolf Hübner zum siebzigsten Geburtstag, S. 72 (79 f.); Schlegelberger-Geßler, Rdnr. 6 zu § 117; H. Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 112 f.; Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 16 zu § 737. Ohne Begründung auch Düringer-Hachenburg-Flechtheim, Rdnr. 6 zu § 117. Unklar Weipert in HGB-RGRK, Rdnr. 11 zu § 117.

2) Fischer, aaO., S. 1060.

3) RGZ 162, 388 (395 ff.)

4) A. Hueck, OHG, S. 141; ders. in Festschrift für Hübner, aaO.; Düringer-Hachenburg-Geiler, Bd. II 1, Allgemeine Einleitung, Rdnr. 98; Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 35b vor § 705.

vertrag obliegt, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen und an Abstimmungen teilzunehmen, so können sich doch aus der Beteiligung in der Untergesellschaft in gewissem Umfange Pflichten für sie ergeben. Dabei soll hier nicht noch einmal erörtert werden, welche Formen diese Untergesellschaften haben können. Das ist bereits für die berechtigende Vertreterklausel dargestellt worden [1]. Und auch auf die Art und den Umfang der sich aus einer solchen Beteiligung ergebenden Verpflichtung ist nicht weiter einzugehen. Denn deren Festlegung steht den Untergesellschaftern frei. Hier soll lediglich der Fall behandelt werden, daß die Nachfolger stillschweigend einen Gesellschaftsvertrag schließen [2], sich aber über die Person des Vertreters oder über bestimmte Weisungen nicht zu einigen vermögen. Mangels abweichender Vereinbarung ist dann nämlich für die Geschäftsführungsmaßnahmen der Untergesellschaft die Zustimmung aller Teilhaber erforderlich (§ 709 Abs. 1 BGB). Daraus aber ergibt sich die Frage, ob die Minderheit der Untergesellschafter verpflichtet ist, sich der Mehrheit zu beugen, ein Problem, das ebenso entsteht, wenn die Teilhaber ausdrücklich vereinbart haben, Beschlüsse müßten einstimmig gefaßt werden.

Die Untersuchung des Inhalts und der Struktur der Mitgliedschaft [3] hat gezeigt, daß die Organschaftsbefugnisse, zu denen auch die Geschäftsführungsbefugnis zählt, gemeinnützig sind und infolgedessen nicht im Interesse der einzelnen Teilhaber, sondern nur im Interesse der Gesamtheit, also im Hinblick auf den Gesellschaftszweck, ausgeübt werden dürfen. Da der Zweck der Untergesellschaft entweder nur auf die Wahl des gemeinsamen Vertreters (Gelegenheitsgesellschaft) oder auch auf die einheitliche Ausübung der Mitgliedschaftsrechte (Innengesellschaften) gerichtet ist und die Wahl des Vertreters bzw. die Erteilung von Weisungen Akte der Geschäftsführung darstellen, dürfen die Nachfolger von ihren Rechten als Teilhaber dieser bürgerlichrechtlichen Gesellschaften nur in diesem Sinne Gebrauch machen. Sie sind infolgedessen nur dann berechtigt, auf der Ablehnung einer als Vertreter vorgeschlagenen Person zu bestehen, wenn sie ihrerseits eine andere, geeignetere Persönlichkeit benennen können oder sachliche Bedenken gegen die Bestellung des Gewählten sprechen [4]. Sonst müssen sie sich der Mehrheit beugen und können gegebenenfalls durch Klage zur Abgabe entsprechender Willenserklärungen gezwungen werden [5]. Und in gleicher Weise ist zu verfahren, wenn sich die Erben-Gesellschafter über die Erteilung von Weisungen nicht zu einigen vermögen.

---

1) S. o. S. 92 ff.

2) Vgl. dazu A. Hueck in ZHR 125, 1 (13).

3) S. o. S. 32.

4) Vgl. A. Hueck in ZHR 125, 1 (14); wohl auch Vits, Gewillkürte Vertr., S. 60.

5) A. Hueck, aaO., S. 14; Vits, aaO., S. 60.

Werden schließlich mit derselben Zahl von Stimmen zwei gleichermaßen geeignete Persönlichkeiten als Bevollmächtigte vorgeschlagen oder besteht bei der Abstimmung über zwei gleichermaßen zweckmäßige Weisungen Stimmengleichheit, wird man entsprechend A. Huecks [1] Vorschlag das Los entscheiden lassen dürfen. Auch dann können die unterlegenen Nachfolger zur Verwirklichung der Beschlüsse gezwungen werden.

Sind die Nachfolger allerdings nicht zur Geschäftsführung und zur Teilnahme an Abstimmungen verpflichtet, können sie also ohne Nachteile auf die Ausübung ihrer Rechte verzichten, steht es ihnen frei, die BGB-Gesellschaft zu kündigen (§§ 723 f. BGB) und sich künftig an der Bildung einer Untergesellschaft nicht mehr zu beteiligen. Die Freiheit der Wahl, ob sie ihre Rechte ausüben wollen oder nicht, bleibt ihnen somit erhalten.

c) Die Regelung der Organisation der Untergesellschaft in der Vertreterklausel

Die Schwierigkeiten, die sich für die Mitglieder der Untergesellschaft daraus ergeben können, daß Maßnahmen der Gesellschaft grundsätzlich einstimmig beschlossen werden müssen, lassen es ratsam erscheinen, schon in der Vertreterklausel für die zu bildende Untergesellschaft Mehrheitsbeschlüsse vorzusehen. Da die Altgesellschafter nur das Recht haben, von den Nachfolgern die Erfüllung ihrer Gesellschaftspflichten zu verlangen, ihnen aber kein unmittelbarer Anspruch auf Bestellung eines Vertreters durch die Erben zusteht, können sie allerdings kein Recht aus einer solchen Abrede ableiten. Doch erlangt die Vertragsbestimmung für die Untergesellschafter Bedeutung.

Treten einzelne oder alle Nachfolger zur Wahl eines gemeinsamen Vertreters zusammen und einigen sich über die Organisation der Untergesellschaft, bedarf es der Abstimmungsvereinbarung zwar nicht. Da diese im Rahmen der Vertragsfreiheit zulässige [2] Abrede nur die Zusammenarbeit der Erben-Gesellschafter erleichtern soll, können die Nachfolger auch abweichende Abstimmungsmodalitäten festlegen. Sobald aber ein Nachfolger, der sich an der mittelbaren Ausübung der Mitgliedschaftsrechte beteiligen will, eine der Vertreterklausel entsprechende Organisation verlangt, müssen sich die anderen an der Bildung einer Untergesellschaft beteiligten Nachfolger dem fügen. Die Stimmrechtsabrede begründet also ein Recht der Nachfolger gegeneinander, für den Fall der Gründung einer Untergesellschaft deren Verfassung der Abrede gemäß zu organisieren. Und in diesem Sinne sind auch etwaige andere Organisationsbestimmungen in der Vertreterklausel auszulegen.

---

1) A. Hueck, aaO., S. 14. Ihm folgend Vits, aaO., S. 61.

2) Vits, aaO., S. 59; für die Kommanditgesellschaft auch A. Hueck, aaO., S. 12.

3. Die Beziehungen bei Vereinbarung einer verpflichtenden Vertreterklausel

a) Der Anspruch auf Mitwirkung bei der Bevollmächtigung

Die verpflichtende Vertreterklausel legt ausdrücklich fest, daß die Nachfolger einem gemeinsamen Bevollmächtigten die Wahrnehmung ihrer Rechte übertragen müssen. Das scheint einerseits überflüssig zu sein. Denn wenn die Nachfolger zur Geschäftsführung und zur Mitwirkung bei Abstimmungen verpflichtet sind, haben sie ohnehin einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen, weil sie nur mittelbar zur Ausübung ihrer Rechte befugt sind. Andererseits scheint ein Widerspruch vorzuliegen. Sind nämlich die Nachfolger privilegiert, dürfen sie also die Geschäfte führen und abstimmen, ohne dazu verpflichtet zu sein, müßte es ihnen auch freistehen, ob sie einen Bevollmächtigten bestellen wollen oder nicht.

Beide Argumente treffen jedoch den Sinn dieser Vertreterklausel nicht richtig. Zwar haben die Nachfolger, die sich bei ihrer Mitarbeit eines gemeinsamen Vertreters bedienen müssen, Schadenersatzansprüche oder sogar den Ausschluß aus der offenen Handelsgesellschaft zu befürchten, wenn sie keinen Bevollmächtigten beauftragen, ihre Verpflichtung zur Geschäftsführung zu erfüllen. Die Untersuchung der Wirkungen der beschränkenden Klausel hat aber gezeigt [1], daß weder die Gründung einer Untergesellschaft noch die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters unmittelbar im Klagewege durchgesetzt werden kann, wenn ein Nachfolger nicht grundsätzlich zur Mitwirkung bereit ist. Hier soll die verpflichtende Vertreterklausel Abhilfe schaffen.

Und auch das zweite Argument trifft nicht zu. Sind nämlich die Nachfolger privilegiert, also nicht zur Geschäftsführung und zu sonstiger Mitarbeit verpflichtet, dann haben sie keine Möglichkeit, einander zur Bestellung eines gemeinsamen Vertreters zu veranlassen. Unter Umständen können also selbst diejenigen ihre Rechte nicht wahrnehmen, die daran interessiert sind, wie die Beispiele bei der beschränkenden Vertreterklausel gezeigt haben [2]. In diesen Fällen soll die verpflichtende Klausel den Nachfolgern einen Mitwirkungsanspruch einräumen. Ihr Privileg wird damit nicht generell beseitigt. Sind alle Erben-Gesellschafter sich einig, brauchen sie keinen Vertreter zu bestellen. Die Altgesellschafter können sie dazu nicht zwingen [3]. Verlangt aber auch nur ein Nachfolger die Mit-

1) S. o. S. 95 ff.

2) S. o. S. 96 ff.

3) A. A. wohl Vits, Gewillkürte Vertr., S. 68 f., der ohne nähere Begründung einen Anspruch der Mitgesellschafter gegen die Nachfolger auf Erfüllung der Vertreterklausel annimmt. A. Hueck (ZHR 125, 1 (15)) verneint dagegen einen Anspruch gegen Erben-Kommanditisten, einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen. Da er offenbar eine beschränkende Vertreterklausel zugrundelegt (die Rechte der Erben sollen ruhen), ist dem zuzustimmen.

wirkung bei der Erteilung der Vollmacht, müssen die anderen dem nachkommen. Auch hier soll die verpflichtende Vertreterklausel mithin die Nachteile der lediglich beschränkenden Abrede korrigieren.

Damit ist aber bisher nur der Zweck der Vertragsbestimmung geklärt. Welche Wirkungen die Vereinbarung hervorrufen kann, muß erst noch festgestellt werden. Da die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters ohne eine Einigung über dessen Person nicht möglich ist, diese Einigung aber zur Bildung einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft führt, erhebt sich die Frage, ob die Verpflichtung als Vorvertrag zur Gründung einer Untergesellschaft verstanden werden kann. In Literatur und Rechtsprechung wird übereinstimmend die Ansicht vertreten, daß aus solchen Verträgen, wenn der Inhalt des künftig abzuschließenden Gesellschaftsvertrages hinreichend bestimmt oder bestimmbar ist, ein klagbarer Anspruch entstehe [1]. Diese Voraussetzung ist bei der verpflichtenden Vertreterklausel gegeben.

Ist lediglich die gemeinsame Vertretung vorgesehen, sollen den Nachfolgern auch voneinander abweichende Weisungen gestattet sein. Dementsprechend bildet nur die Wahl des Vertreters den Zweck der Gelegenheitsgesellschaft [2]. Ist dagegen auch noch die einheitliche Ausübung der Rechte durch den Bevollmächtigten vorgesehen, kommt nur eine Innengesellschaft in Betracht [3]. Sämtliche Erben-Gesellschafter müßten deren Mitglieder werden. Ihre Beiträge bestünden vornehmlich in der Bevollmächtigung bzw. Abberufung des gemeinsamen Vertreters und in der Erteilung von Weisungen entsprechend den Gesellschafterbeschlüssen. Die Beitragsverpflichtungen der einzelnen Erben ließen sich daher aus ihren Mitgliedschaftsrechten, dem Zweck der Untergesellschaft und dem Inhalt der Vertreterklausel jederzeit ermitteln. Die für den Gesellschaftsvertrag der Untergesellschaft erforderlichen Merkmale sind folglich hinreichend bestimmt, so daß gegen einen klagbaren Anspruch aus der verpflichtenden Vertreterklausel als Vorvertrag keine Bedenken bestehen. Jeder Nachfolger kann also von den übrigen Erben-Gesellschaftern die Abgabe der zum Abschluß des Vertrages der Untergesellschaft notwendigen Willenserklärungen verlangen und diesen Anspruch notfalls auch durchsetzen (§ 894 ZPO).

b) Die Erfüllung des Mitwirkungsanspruchs

Der Umstand, daß die verpflichtende Vertreterklausel im Gegensatz zu den anderen Vertretervereinbarungen jedem Erben-Gesellschafter einen klagbaren Anspruch auf Abgabe der zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages erforderlichen

---

1) Staudinger-Geiler-Keßler, Rdnr. 49 zu § 705; Fischer in BGB-RGRK, Rdnr. 15 zu § 705; Düringer-Hachenburg-Geiler, Bd. II 1, Allgemeine Einleitung, Rdnr. 82; RGZ 66, 116 (121); RGZ 106, 174 (176); RGZ 156, 129 (138); RGJW 1938, 2740 ff.; BGH LM Nr. 3 zu § 705.

2) S. o. S. 92, 94.

3) S. o. S. 92 ff.

Willenserklärung einräumt, ist für die rechtliche Erfassung der Wirkungen der Erfüllungshandlung nur von untergeordneter Bedeutung. Denn die Untergesellschaft wird bei freiwilligem Zusammenschluß der Nachfolger nicht anders gegründet als bei einer Einigung, die den Zweck verfolgt, die Verpflichtungen aus dem Vorvertrag zu erfüllen. Infolgedessen kann auf die Ausführungen zur beschränkenden Vertreterklausel 1) verwiesen werden. Allerdings ist ein Unterschied zu beachten. Kündigt ein Nachfolger die Untergesellschaft gemäß §§ 723 f. BGB, so kann er - selbst als privilegierter, also nicht zur Mitarbeit in der offenen Handelsgesellschaft verpflichteter Teilhaber - nicht künftig seine Beteiligung an einer neu zu bildenden Untergesellschaft verweigern. Denn die verpflichtende Vertreterklausel enthält als Bestandteil des Gesellschaftsvertrags ein Element der Dauer. Sie ist Bestandteil der Gesellschaftsverfassung und zwingt darum die Erben-Gesellschafter, sich nicht nur einmal, sondern bis zum Ende ihrer Mitgliedschaft immer wieder an Untergesellschaften zu beteiligen, wenn auch nur ein Nachfolger es verlangt.

III. DAS VERHÄLTNIS ZWISCHEN DEN NACHFOLGERN UND IHREM GEMEINSAMEN VERTRETER

1. Die Beziehungen bei Bestehen einer Gelegenheitsgesellschaft

a) Die Gestaltung des Innenverhältnisses

Sieht der Gesellschaftsvertrag die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters vor, ohne die einheitliche Ausübung der Mitgliedschaftsrechte anzuordnen, können die Nachfolger sich damit begnügen, eine Gesellschaft ausschließlich zum Zwecke der Wahl des Bevollmächtigten zu bilden. Sobald insoweit Einigkeit erzielt ist, endigt die Gelegenheitsgesellschaft wegen Erreichung des vereinbarten Zwecks (§ 726 BGB). In vertragliche Beziehungen mit dem Gewählten treten die Nachfolger unabhängig voneinander.

aa) Ist der zum Vertreter Gewählte kein Mitglied der offenen Handelsgesellschaft, schließt jeder Nachfolger mit ihm einen eigenen Vertrag und bevollmächtigt ihn zur Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte im Rahmen der ihm vom Gesellschaftsvertrag, insbesondere von der Vertreterklausel, eingeräumten Befugnisse. Wird der Vertreter unentgeltlich tätig, ist dieses Schuldverhältnis als Auftrag anzusehen, anderenfalls wird man es als Geschäftsbesorgungsvertrag qualifizieren müssen (§ 675 BGB).

Der Beauftragte ist grundsätzlich an die Weisungen seines jeweiligen Auftrag- und Vollmachtgebers gebunden, von denen er, sofern nichts anderes verein-

1) S. o. S. 98 ff.

bart wird, nur unter den Voraussetzungen des § 665 BGB abweichen darf. Vits [1] meint zwar, das Weisungsrecht der Erben werde "in den meisten Fällen sehr beschränkt sein" und will diese Behauptung offenbar darauf stützen, daß die Vertreterklausel den Sinn habe, den Einfluß der Erben nach Möglichkeit auszuschließen. Beides trifft aber nicht zu. Zunächst soll der Einfluß der Erben nicht ausgeschlossen werden. Den Altgesellschaftern ist lediglich daran gelegen, die Macht- und Zuständigkeitsverteilung, die vor dem Erbfall bestanden hat, zu erhalten [2]. Das zwingt sie nicht dazu, die Macht der Erben zu beschränken. Sie wollen nur die mehreren Erben zu einer Handlungseinheit zusammenfassen, die den Erblasser möglichst vollkommen ersetzt. Selbst wenn man aber der Vertreterklausel einen anderen Sinn gäbe, ließe sich daraus allein noch keine Beschränkung der Weisungsbefugnisse der Erben im Verhältnis zu ihrem Vertreter und Beauftragten ableiten. Die Ansicht Vits' ist daher abzulehnen.

Selbst wenn der Erben-Gesellschafter dem Beauftragten keine Weisungen erteilt, ist dieser verpflichtet, nach besten Kräften die Interessen des Auftraggebers zu wahren und den Auftrag, hier also die Verwaltung der Mitgliedschaft, sorgfältig und sachgemäß auszuführen [3]. Bei der Ausübung der Organschaftsbefugnisse, die fremdnützige Rechte [4] sind, hat der Vertreter sich jedoch an den Interessen der Gesellschaft zu orientieren. Und in außergewöhnlichen Fällen, insbesondere bei beabsichtigten Änderungen des Gesellschaftsvertrages, obliegt es ihm nach Treu und Glauben, den Auftraggeber zu informieren und sich Weisungen erteilen zu lassen [5]. Verletzt er diese Verpflichtung oder verstößt er gegen die Weisungen des Auftraggebers, muß er bei schuldhaftem Verhalten Schadenersatz leisten.

Der Verteilung der Rechte und Pflichten zwischen den Erben-Gesellschaftern und ihrem Vertreter entspricht schließlich auch, daß die Nachfolger einen Auftrag jederzeit widerrufen (§ 671 Abs. 1 BGB) und einen Geschäftsbesorgungsvertrag gemäß §§ 621 ff. BGB, bei wichtigem Grunde also fristlos, kündigen können, während

1) Vits, Gewillkürte Vertr., S. 63.

2) S. o. S. 6.

3) Staudinger-Nipperdey, Rdnr. 30 zu § 662; vgl. auch die dort zitierte Rechtsprechung.

4) S. o. S. 32.

5) Ähnlich auch A. Hueck in ZHR 125, 1 (20 f.) für die Erben-Kommanditisten, der dem Vertreter allerdings die selbständige Entscheidung, welche Maßnahmen zu ergreifen sind, in allen laufenden Angelegenheiten, auch wenn es sich um ungewöhnliche Geschäfte handelt, überlassen will. Das geht aber jedenfalls dann zu weit, wenn der Vertreter ohne nennenswerte Schwierigkeiten hätte zurückfragen können. Man wird daher auf den Einzelfall abstellen müssen. Vits, aaO., S. 64, kritisiert zwar A. Hueck, übersieht aber, daß dieser von der Zustimmung der Erben dem Vertreter gegenüber spricht. Seine Ausführungen liegen daher neben der Sache.

der Vertreter beim Auftrag nicht zur Unzeit (§ 671 Abs 1, 2 BGB) und beim Geschäftsbesorgungsvertrag unter den Voraussetzungen der §§ 621 ff. BGB kündigen darf.

bb) Wird ein Mitglied der offenen Handelsgesellschaft zum Vertreter bestellt, gelten dieselben Grundsätze. Seine Wahl durch die Teilhaber der Untergesellschaft reicht allein noch nicht aus, um ein Schuldverhältnis mit Bezug auf die Mitgliedschaftsrechte der Erben-Gesellschafter zu begründen. Der Gesellschaftsvertrag der offenen Handelsgesellschaft schafft die Mitgliedschaftsrechte, aber gewährt nicht dem einen Teilhaber Befugnisse an den Rechten des anderen.

b) Die Vollmacht

Der Umfang der von jedem Nachfolger dem gemeinsamen Bevollmächtigten eingeräumten Vertretungsmacht zur Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte wird durch den Umfang der Vertretungsbefugnis des Nachfolgers begrenzt. Dementsprechung kann jeder Erben-Gesellschafter grundsätzlich [1] nur dem gemeinsamen Vertreter Vollmacht erteilen. Und wenn die Vertreterklausel vorsieht, daß ein gemeinsamer Vertreter nur zur Ausübung sämtlicher, einem Nachfolger zustehender Mitgliedschaftsrechte bevollmächtigt werden dürfe, sind die Erben-Gesellschafter auch daran gebunden. Eine Vollmacht lediglich zur Ausübung der Organschaftsbefugnisse wäre infolgedessen im Verhältnis zu den übrigen Teilhabern unwirksam.

Der Widerruf der Vollmacht richtet sich nach dem zugrunde-liegenden Auftrag bzw. Geschäftsbesorgungsvertrag. Die Vollmacht kann infolgedessen, wenn nichts anderes vereinbart ist, jederzeit widerrufen werden (§ 168 S. 2 BGB). Damit ergibt sich nach jedem Widerruf für den Vollmachtgeber die Notwendigkeit, sich mit den anderen Nachfolgern über einen neuen Vertreter zu einigen, will er seine Mitgliedschaftsrechte mittelbar ausüben. Und auch diese müssen ihre Vollmachten widerrufen, wollen sie die Wahl eines neuen gemeinsamen Vertreters nicht vereiteln. Es empfiehlt sich daher, auch den Geschäftsbesorgungsvertrag so zu gestalten, daß er innerhalb kürzester Zeit beendet werden kann.

2. Die Beziehungen bei Bestehen einer echten Innengesellschaft

a) Die Gestaltung des Innenverhältnisses

Schreibt der Gesellschaftsvertrag die einheitliche Ausübung der Mitgliedschaftsrechte durch einen gemeinsamen Vertreter vor, genügt die Einigung über die Person des zu Bevollmächtigenden nicht mehr. Denn auch die Weisungen müs-

1) Vgl. die oben S. 86 angeführte Ausnahme.

sen übereinstimmend erteilt werden. ,Die Nachfolger werden daher zumindest eine echte Innengesellschaft [1] gründen müssen, um die einheitliche Wahrnehmung ihrer Rechte durch den Bevollmächtigten zu ermöglichen. Sie sind dann verpflichtet, die Maßnahmen gegenüber dem Vertreter zu ergreifen, über die sie sich als Teilhaber der Untergesellschaft geeinigt haben. Sind nach dem Vertrag der Untergesellschaft Mehrheitsbeschlüsse zulässig, haben auch die zur Minderheit gehörenden Teilhaber die Beschlüsse gegenüber dem Vertreter durchzuführen, ihm also beispielsweise die beschlossenen Weisungen für ihre Mitgliedschaft zu erteilen. Im Verhältnis zum gemeinsamen Vertreter wirkt sich der Zusammenschluß zu einer Innengesellschaft daher nur mittelbar aus. Die für die Gelegenheitsgesellschaft entwickelten Grundsätze gelten daher auch hier.

Eine Ausnahme besteht allerdings: wird ein Untergesellschafter zum gemeinsamen Vertreter bestellt, bestimmen sich die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen ihm und seinen Vollmachtgebern nach Gesellschaftsrecht (§§ 705 ff. BGB). Dementsprechend fassen die Gesellschafter die Beschlüsse, die der bevollmächtigte Untergesellschafter als Geschäftsführer auszuführen hat. Sind sie mit seinen Geschäftsbesorgungen nicht einverstanden, können sie ihm die Geschäftsführungsbefugnis unter den Voraussetzungen des § 712 Abs. 1 BGB entziehen. Und bei Verletzung seiner Verpflichtungen hat er gemäß § 708 BGB nur für die Sorgfalt einzustehen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt [2].

b) Die Vollmacht

Die Vollmacht wird dem gemeinsamen Vertreter auch dann von jedem einzelnen Nachfolger erteilt, wenn die Erben-Gesellschafter im Innenverhältnis eine echte Innengesellschaft bilden. Insoweit kann daher auf die Ausführungen zur Gelegenheitsgesellschaft verwiesen werden. Ein Unterschied ergibt sich jedoch beim Widerruf der Vollmacht. Zwar ist auch hier jeder Untergesellschafter als Vollmachtgeber jederzeit zum Widerruf seiner Vollmacht in der Lage. Er kann damit aber gegen seine Pflichten als Mitglied der Innengesellschaft verstoßen und sich schadenersatzpflichtig machen. Verhindert er auf diese Weise wiederholt ohne sachliche Gründe die Ausübung der Organschaftsbefugnisse der Nachfolger, kann darin ein wichtiger Grund für seinen Ausschluß aus der offenen Handelsgesellschaft liegen (§§ 140, 133 HGB); denn er macht damit den Nachfolgern die ihnen obliegende Mitarbeit zum Nutzen der Gesellschaft unmöglich.

---

1) S. o. S. 92 f.

2) So auch A. Hueck in ZHR 125, 1 (21 f.) für die Erben-Kommanditisten.

3. Die Beziehungen bei Bestehen einer unechten Innengesellschaft

a) Die Gestaltung des Innenverhältnisses

Die umfassendste Bindung der Nachfolger untereinander läßt sich jedoch durch die Gründung einer unechten Innengesellschaft erzielen 1). Nicht jeder einzelne Nachfolger beauftragt dann den gemeinsamen Vertreter, seine Mitgliedschaftsrechte wahrzunehmen, sondern sie übertragen ihm diese Aufgabe gemeinschaftlich, in ihrer Zusammenfassung als Teilhaber der Untergesellschaft. Da es sich beim Abschluß dieses Vertrages mit dem Vertreter um ein Geschäft der Untergesellschaft handelt, sind auch nur alle Nachfolger gemeinschaftlich dazu befugt (§§ 709 Abs. 1, 714 BGB). Und in gleicher Weise können nur alle gemeinschaftlich Weisungen erteilen und den Vertrag kündigen. Die einheitliche Ausübung der Mitgliedschaftsrechte ist so am ehesten gewährleistet.

b) Die Vollmacht

Den Interessen der Erben-Gesellschafter, aber auch denen der Altgesellschafter wäre zweifellos am besten gedient, wenn nicht nur das Innenverhältnis zwischen den Nachfolgern und ihrem gemeinsamen Vertreter einheitlich geregelt werden könnte. Da aber die Mitgliedschaftsrechte der Nachfolger in der offenen Handelsgesellschaft, wie bei der Zulässigkeitsprüfung bereits festgestellt worden ist [2], nicht der Untergesellschaft übertragen werden können, jedem Nachfolger also seine Mitgliedschaftsrechte ausschließlich allein zustehen, hat die Erteilung einer Vollmacht durch "die Untergesellschaft" keine rechtliche Bedeutung. Denn die Zuständigkeit der Untergesellschaft beschränkt sich auf das Gesamthandvermögen. Zu diesem gehören aber außer den Rechten aus dem Rechtsverhältnis zum gemeinsamen Vertreter nur die Rechte gegen die Untergesellschafter, den gewählten Vertreter zu bevollmächtigen, bei der Erteilung von Weisungen mitzuwirken, ihn u.U. abzuberufen und dergleichen mehr. Infolgedessen kann nur jeder einzelne Nachfolger den gemeinsamen Vertreter zur Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte bevollmächtigen. Und gleichermaßen sind nur die einzelnen Erben zum Widerruf der Vollmacht imstande. Der Umfang der Vollmacht hat sich auch in diesem Falle nach dem Inhalt der Vertreterklausel zu richten.

Doch könnten bei dieser Gestaltung Zweifel entstehen, ob die einzelnen Erben-Gesellschafter auch allein in der Lage sind, dem gemeinsamen Vertreter Weisungen zu erteilen. Aufgrund ihrer Treuepflicht als Teilhaber der Untergesellschaft sind sie zwar verpflichtet, derartige gesellschaftszweckwidrige Hand-

1) Vgl. die Ausführungen oben S. 93 f.
2) S. o. S. 80 f.

lungen zu unterlassen. Immerhin könnten sie mit ihrem Vertreter etwas anderes vereinbaren. Schon darin läge aber ein Verstoß gegen die Treuepflicht, der den Teilhabern der Untergesellschaft das Recht zu Gegenmaßnahmen, etwa zum Ausschluß des pflichtwidrigen Handelnden aus der Untergesellschaft (§ 737 BGB) oder zu deren Kündigung (§ 723 BGB), gäbe. Gegen ein treuwidriges Zusammenwirken eines Untergesellschafters mit dem gemeinsamen Vertreter zum Nachteil der übrigen Untergesellschafter können sich die Erben jedoch dadurch schützen, daß sie den Bevollmächtigten im Auftrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag verpflichten, ausschließlich den Weisungen der geschäftsführenden Untergesellschafter zu folgen. Für den Fall, daß ein Untergesellschafter zum gemeinsamen Vertreter bestellt wird, ergibt sich diese Pflicht schon aus dem Vertrag der Innengesellschaft. Die drohenden Schadenersatzansprüche, bei entsprechenden Vereinbarungen auch Vertragsstrafen, werden den gemeinsamen Vertreter zu vertragsgemäßem Verhalten zwingen.

IV. DAS VERHÄLTNIS ZWISCHEN DEM GEMEINSAMEN VERTRETER DER NACHFOLGER UND DEN ALTGESELLSCHAFTERN

1. Der Vertreter ist nicht Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft

Bestellen die Nachfolger aufgrund einer Vertreterklausel einen gemeinsamen Bevollmächtigten, der nicht zugleich Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft ist, so bestehen keinerlei vertragliche Beziehungen zwischen dem Vertreter und den Altgesellschaftern. Zwar übt der Bevollmächtigte die Mitgliedschaftsrechte der Vollmachtgeber aus und erfüllt zum Teil auch deren Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis. Er wird dabei aber nur kraft abgeleiteter, sekundärer Zuständigkeit tätig. Solange er sich im Rahmen seiner Vertretungsmacht hält, treffen ihn die Wirkungen seiner rechtsgeschäftlichen Handlungen nicht. Überschreitet er seine Vollmacht, sind eventuell entstehende Rechte und Verpflichtungen nicht eine Folge der Vertretungsmacht oder des ihr zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts.

Infolgedessen können die Altgesellschafter auch nicht die Vollmacht des Vertreters widerrufen. Denn er ist Vertreter der Nachfolger [1]. Und sie können ihm auch nicht die Geschäftsführungsbefugnis [2] und die organschaftliche Vertretungsmacht entziehen (§§ 117, 127 HGB); denn beide stehen ihm als Nichtgesellschafter gar nicht zu, sondern den von ihm vertretenen Erben-Gesellschaftern. Ansprüche gegen den gemeinsamen Vertreter der Nachfolger sind daher allenfalls im Rahmen gesetzlicher Schuldverhältnisse, etwa aufgrund unerlaubter Handlungen oder unge-

1) S. o. S. 74 ff., insbes. S. 75 f

2) Vgl. Vits, Gewillkürte Vertr., S. 67.

rechtfertigter Bereicherung, denkbar. Und in solchen Fällen wird meist nur das Gesamthandvermögen geschädigt oder entreichert sein, so daß der Anspruch der offenen Handelsgesellschaft als solcher zustünde.

2. Der Vertreter ist Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft

Haben die Erben-Gesellschafter einen Gesellschafter aus ihrem Kreis oder einen der übrigen Teilhaber zum gemeinsamen Vertreter bestellt, erfüllt der Bevollmächtigte mehrere Funktionen gleichzeitig. Einerseits ist er Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft und als solcher zur Erfüllung seiner Gesellschafterpflichten und zur Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte verpflichtet bzw. berechtigt. Andererseits ist er Vertreter der Erben-Gesellschafter und entweder aus einem Auftrag bzw. einem Geschäftsbesorgungsvertrag oder aufgrund seiner Stellung als Geschäftsführer der Untergesellschaft verpflichtet, den Weisungen bzw. Beschlüssen der Erben-Gesellschafter Folge zu leisten. Beide Funktionen lassen sich nicht immer eindeutig voneinander trennen. Daraus ergibt sich das Problem der Interessenkollision. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit kann darauf nicht näher eingegangen werden. Lediglich eine Spezialfrage soll hier herausgegriffen und behandelt werden, die Frage nämlich, wie der Vertreter sich verhalten soll, wenn die Nachfolger ihn anweisen, Maßnahmen durchzuführen, die dem Zweck der offenen Handelsgesellschaft zuwiderlaufen.

Theoretisch läßt sich hier ohne weiteres eine Antwort finden. Die Treuepflicht gebietet nicht nur dem Vertreter, die Ausführung derartiger Maßnahmen zu unterlassen, sie verbietet auch den Nachfolgern, dem gemeinsamen Bevollmächtigten zweckwidrige Weisungen zu erteilen. In der Praxis läßt sich aber oft nur schwer eindeutig entscheiden, ob eine Maßnahme dem Gesellschaftszweck widerspricht [1]. Das Risiko, gegen seine Treuepflicht zu verstoßen oder die Verpflichtung aus dem Vertreterverhältnis zu verletzen, müßte im wesentlichen der Bevollmächtigte tragen. Das erscheint unbillig. Man wird daher zu unterscheiden haben, ob der bevollmächtigte Teilhaber die Maßnahme verhindern konnte oder nicht.

Ist etwa ein allein geschäftsführungsbefugter Altgesellschafter Vertreter, so kann er als Teilhaber der Vornahme eines Geschäfts widersprechen (§ 115 Abs. 1 HGB). Widerspricht er schuldhaft nicht (§§ 105 Abs. 2 HGB, 708 BGB), hat auch er gegen seine Treuepflicht verstoßen und muß die Folgen tragen. Ist der Altgesellschafter dagegen von der Geschäftsführung ausgeschlossen, betätigt er sich lediglich als ausführendes Organ. Die Folgen treffen dann ausschließlich seine Auftraggeber. Berücksichtigt man weiter, daß ein Gesellschafter gemäß § 708 BGB

---

1) Vgl. A. Hueck, OHG, S. 94 f.

nur für die Sorgfalt einzustehen hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, dann zeigt sich, daß das Risiko des bevollmächtigten Gesellschafters auch nicht größer ist, als das eines zum Vertreter bestellten Nichtgesellschafters.

V. DAS VERHÄLTNIS ZWISCHEN DEN NACHFOLGERN UND DER OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFT

1. Vorbemerkungen

Auch auf das Verhältnis der Nachfolger zu den übrigen Teilhabern wirkt sich die Vertreterklausel aus. Doch müssen dabei mehrere Gruppen von Beziehungen unterschieden werden. Denn ebenso wie die Mitgliedschaft unterschiedliche Rechte und Pflichten umfaßt, sind in der Vollmacht für den gemeinsamen Vertreter voneinander abweichende Befugnisse enthalten. Die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte durch den gemeinsamen Bevollmächtigten äußert dementsprechend auch nicht immer Wirkungen gegenüber denselben Personen.

Die Ausübung der Wertrechte und die Erfüllung der Wertpflichten [1] durch den Vertreter betreffen das Gesamthandvermögen. Der Vertreter läßt sich beispielsweise den Gewinnanteil der Nachfolger auszahlen oder führt die Geschäfte der offenen Handelsgesellschaft und erfüllt damit eine Beitragspflicht (§ 114 Abs. 1 HGB) der Erben-Gesellschafter. Und in gleicher Weise führt die Ausübung der Organschaftsbefugnisse, also der organschaftlichen Vertretungsmacht und der Geschäftsführungsbefugnis [2] Wirkungen herbei, die alle Teilhaber gleichermaßen treffen, mag der Vertreter die Gesellschaft verpflichten oder berechtigen, über die gemeinschaftlichen Rechte verfügen oder sie ausüben. In allen diesen Fällen sind sämtliche Gesellschafter als Gesamthänder beteiligt. Ob sie daneben auch noch als Inhaber ihres Privatvermögens erfaßt werden - die Auszahlung des Gewinnanteils beispielsweise, die das Gesellschaftsvermögen vermindert, erhöht ihr nicht gesamthänderisch gebundenes Privatvermögen -, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung.

Dagegen verändert die Ausübung der Organisationsgestaltungsrechte [3] die Verfassung der Gesellschaft und damit das Verhältnis der Mitglieder untereinander; so wird z.B. einem Teilhaber die Vertretungsmacht auf Antrag der übrigen entzogen (§ 127 HGB). Es tritt also nicht eine gleichmäßige Verminderung oder Vermehrung der Rechte bzw. Verpflichtungen sämtlicher Teilhaber ein. Die Gesellschafter stehen einander vielmehr mit entgegengesetzten Interessen gegenüber.

Dieser Unterschied läßt es zweckmäßig erscheinen, zunächst nur das Verhältnis der Nachfolger zur Gesamthandgemeinschaft, also zur offenen Handelsgesell-

---

1) S. o. S. 34 bzw. 36 ff.

2) S. o. S. 35 bzw. 38.

3) S. o. S. 36 bzw. 38.

schaft [1], zu erörtern. Im nächsten Abschnitt (VI) wird dann auf die Beziehungen der Nachfolger zu den einzelnen Altgesellschaftern einzugehen sein.

2. Die Ansprüche der offenen Handelsgesellschaft

a) Der Erfüllungsanspruch

In der Mehrzahl aller Fälle sind die Nachfolger eines Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft zur Mitarbeit, also etwa zur Geschäftsführung (§ 114 Abs. 1 HGB), verpflichtet. Schließt eine Vertreterklausel die Befugnis zur persönlichen Ausübung der Mitgliedschaftsrechte aus, so hat das die Folge, daß auch der Anspruch der Gesellschaft auf persönliche Mitarbeit verändert wird. Die Gesellschaft kann von den Nachfolgern nur noch Leistung der Dienste durch einen gemeinsamen Vertreter verlangen. Ihr Erfüllungsanspruch ist auf "indirekte" Mitarbeit gerichtet.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der Gesellschaft auch ein Anspruch zusteht, unmittelbar die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters zu verlangen. Zwar müssen die Nachfolger einen Bevollmächtigten beauftragen, ihre Mitgliedschaftsrechte wahrzunehmen. Denn nur so können sie ihrer Beitragspflicht genügen (§§ 105 Abs. 2, 114 Abs. 1 HGB, 705 BGB). Die Beitragspflicht selbst ist aber nur auf die Dienstleistung gerichtet, nicht auf die Bestellung eines Vertreters als deren Voraussetzung, und schon gar nicht auf die Gründung einer Untergesellschaft, die ihrerseits die Wahl eines geeigneten Vertreters ermöglichen soll. Die Tatsache, daß die Nachfolger zur indirekten Mitarbeit verpflichtet sind, reicht infolgedessen nicht aus, um auch einen Anspruch der offenen Handelsgesellschaft auf Bestellung eines gemeinsamen Vertreters zu bejahen.

Immerhin wäre es möglich, daß die Vertreterklauseln einen derartigen Anspruch begründeten. Die berechtigende und die beschränkende Klausel scheiden hierfür allerdings von vornherein aus, wie schon in anderem Zusammenhang [2] geklärt werden konnte. Lediglich aus der verpflichtenden Vertretervereinbarung ließe sich daher ein solches Recht ableiten.

Die Untersuchung der Beziehungen der Nachfolger untereinander hat ergeben [3], daß die verpflichtende Abrede im Verhältnis der Erben-Gesellschafter zueinander wie ein Vorvertrag zur Gründung einer Untergesellschaft wirkt. Jeder Nachfolger kann also aufgrund einer derartigen Klausel im Gesellschaftsvertrag der offenen Handelsgesellschaft von den übrigen die Abgabe der für den Abschluß

---

1) Wegen der Bedeutung der Beziehungen eines Mitglieds zur Gesamthandgemeinschaft, der es selbst angehört, vgl. oben S. 37 f.

2) S. o. S. 92 bzw. 95 ff.

3) S. o. S. 102

des Untergesellschaftsvertrages notwendigen Willenserklärungen verlangen. Ein solcher Anspruch könnte bei entsprechender Auslegung der verpflichtenden Vertreterklausel auch der offenen Handelsgesellschaft zustehen. Während aber die Erben als Teilhaber der Untergesellschaft voneinander auch die Erfüllung der Teilhaberpflichten, insbesondere also die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters fordern könnten, würde sich ein gleiches Recht für die Altgesellschafter selbst dann nicht ergeben, wenn die offene Handelsgesellschaft [1] von ihrem Anspruch Gebrauch machte. Denn Mitglieder der Untergesellschaft sollen nur die Nachfolger werden. Und nur die Untergesellschafter können einander zwingen, der Wahl einer bestimmten Person zum gemeinsamen Vertreter zuzustimmen. Kein Altgesellschafter wäre daher in der Lage, die Erfüllung der sich aus der Mitgliedschaft in der Untergesellschaft ergebenden Verpflichtungen durchzusetzen. Die Gesellschaft müßte sich mit Schadenersatzansprüchen begnügen. Derartige Ansprüche hat sie bei vertragswidrigem Verhalten der Nachfolger jedoch ohnehin. Dem Anspruch der offenen Handelsgesellschaft käme folglich keinerlei praktische Bedeutung zu. Berücksichtigt man außerdem noch den Zweck der verpflichtenden Abrede, die diejenigen Nachteile ausgleichen soll, die bei der beschränkenden Vertreterklausel den Nachfolgern entstehen können [2], dann ist nur eine sinnvolle Entscheidung möglich: ein Anspruch der offenen Handelsgesellschaft, von den Nachfolgern unmittelbar die Bildung einer Untergesellschaft oder die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters zu verlangen, wird durch die Vertreterklausel nicht begründet.

Der offenen Handelsgesellschaft steht somit nur ein Recht gegen jeden Nachfolger zu, daß dieser seine Gesellschafterpflichten, erforderlichenfalls durch einen gemeinsamen Vertreter, erfülle. Doch können die Nachfolger zur Erfüllung dieser Verpflichtung nicht durch Geldstrafen oder Haft angehalten werden (§ 888 Abs. 1 ZPO). Denn die Handlung, die auch durch einen Dritten nicht vorgenommen werden könnte, hinge nicht ausschließlich vom Willen des Schuldners ab.

b) Die Ansprüche auf Ersatz des Verzugsschadens und des Nichterfüllungsschadens

Läßt sich die Erfüllung der Gesellschafterpflicht durch die Nachfolger, soweit die Vertreterklausel in Betracht kommt, nicht unmittelbar erzwingen, so erhalten die Ansprüche auf Ersatz des Schadens, der durch das Verhalten der Nachfolger entsteht, desto größere Bedeutung. Können die Erben-Gesellschafter doch auf diese Weise mittelbar veranlaßt werden, ihre Vertragspflichten zu erfüllen. So könnten sich Ansprüche auf Ersatz des Verzugsschadens und unter Umständen sogar auf Er-

1) Da der Anspruch auf Bildung einer Untergesellschaft bereits aus anderen Gründen abgelehnt wird, braucht das Problem, ob ein Recht dieser Art der offenen Handelsgesellschaft zuzuordnen ist, nicht erörtert zu werden.

2) S. o. S. 101 f.

satz des Nichterfüllungsschadens ergeben, der aus der Unmöglichkeit entstünde, für die Vergangenheit die Geschäfte der Handelsgesellschaft durch einen Vertreter zu führen. Doch braucht darauf nicht näher eingegangen zu werden. Denn diese Ansprüche unterscheiden sich nicht von denen, die entstehen, wenn der Teilhaber zur Mitarbeit in eigener Person verpflichtet ist und der Verpflichtung nicht nachkommt. Irgendwelche Wirkungen, die lediglich auf die Vertreterklausel zurückzuführen wären, sind nicht ersichtlich.

c) Der Anspruch auf Beseitigung vertragswidriger Vollmachten

Nachdem geklärt worden ist, welche Ansprüche der offenen Handelsgesellschaft aus verweigerter oder verspäteter Erfüllung erwachsen können, ist noch zu erörtern, welche Rechte ihr für den Fall zustehen, daß die Nachfolger zwar ihre Mitgliedschaftsrechte ausüben, dabei aber die Grenzen der Vertreterklauseln nicht einhalten. Jeder Verstoß gegen die Bestimmungen über die Person des Vertreters, über seine Bestellung und Abberufung, über den Umfang seiner Vertretungsmacht und dergleichen verletzt die dem Nachfolger als Gesellschafter obliegende Treuepflicht und gibt der Gesellschaft das Recht, wenn der Erben-Gesellschafter nicht freiwillig den vertragsgemäßen Zustand wiederherstellt, ihn unter dem Gesichtspunkt der positiven Forderungsverletzung zur Beseitigung der Vollmacht zu zwingen. Einige Beispiele mögen das verdeutlichen.

aa) Bestellen etwa alle Nachfolger eigene Bevollmächtigte, obgleich in der Vertreterklausel die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte der Erben-Gesellschafter nur durch einen gemeinsamen Vertreter vorgesehen ist, so kann die Gesellschaft den Widerruf dieser Vollmachten verlangen. Zwar fehlt es hinsichtlich der Wertrechte wohl meist an einem Rechtsschutzinteresse, weil der jeweilige Bevollmächtigte der Gesellschaft gegenüber nicht zur Ausübung dieser Rechte befugt ist, so daß seine Maßnahmen ihr gegenüber wirkungslos sind. Und die Organisationsgestaltungsrechte sind nur für das Verhältnis der Teilhaber zueinander von Bedeutung, so daß ein Verstoß gegen die Vertreterklausel insoweit keinen Anspruch der Gesellschaft begründet [1]. Bei der Ausübung von Organschaftsbefugnissen kann aber auch der vertragswidrig bestellte Vertreter Wirkungen erzielen, die die Gesellschaft treffen. Ist ein Nachfolger beispielsweise berechtigt, die offene Handelsgesellschaft allein zu vertreten, ist ihm aber zugleich durch eine Vertreterklausel das Recht eingeräumt, seine Mitgliedschaftsrechte durch einen gemeinsamen Vertreter ausüben zu lassen, so ist er verpflichtet, sich mit den übrigen Erben-Gesellschaftern über die Person des Vertreters zu verständigen. Trotz Verletzung dieser Verpflichtung ist eine von ihm erteilte Vollmacht aber wirksam. Denn Dritten gegenüber hat die Beschränkung des Erben-Gesellschafters, der seine Rechte nur durch einen gemeinsamen Vertreter wahrnehmen darf, keine

1) S. o. S. 110 f.

Bedeutung (§ 126 HGB). Der vertragswidrig bestellte Bevollmächtigte könnte also die offene Handelsgesellschaft verpflichten. Nur im Innenverhältnis träfen die Folgen solcher Rechtsgeschäfte allein den Nachfolger. Schon das rechtfertigt den Beseitigungsanspruch.

bb) Nichts anderes gilt, wenn bestimmte Personen oder Personengruppen von der Bevollmächtigung ausgenommen sind, wenn vor der Bestellung die Zustimmung der übrigen Teilhaber einzuholen ist oder wenn die Gesellschaft das Recht hat, etwa aus wichtigem Grund die Abberufung des Vertreters zu verlangen. Und nach denselben Grundsätzen sind auch die Beschränkungen des Umfanges der Vertretungsmacht zu behandeln. Sind zum Beispiel die Nachfolger nur mit der Maßgabe zur Bevollmächtigung befugt, daß sie die Vertretungsmacht auf die einheitliche Ausübung ihrer Mitgliedschaftsrechte beschränken, so kann die Gesellschaft den Widerruf einer weiterreichenden Vollmacht wegen der darin liegenden Treuepflichtverletzung beanspruchen. Denn da sich in allen diesen Fällen ein vertragswidriges Verhalten der Nachfolger auch künftig nachteilig für die Gesellschaft auswirkt, läßt sich nur durch die Beseitigung der gegen die Vertreterklausel verstoßenden Vollmacht der vertragsgemäße Zustand wiederherstellen.

cc) Fraglich bleibt, was gelten soll, wenn der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmungen über die Person des Vertreters, über seine Bestellung und Abberufung und über den Umfang der Vertretungsmacht enthält. Hier läßt sich ein brauchbares Ergebnis nur erzielen, wenn man den Sinn der Vertreterklausel bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrages gebührend berücksichtigt:

Von der Bestellung zum gemeinsamen Vertreter sind naturgemäß von vornherein alle Personen ausgeschlossen, deren Interessen mit denen der Gesellschaft kollidieren, wie etwa Konkurrenten. Diese Einschränkung ergibt sich schon aus der Treuepflicht [1]. Und unter dem gleichen Gesichtspunkt ist die Auswahl fachlich ungeeigneter Persönlichkeiten ausgeschlossen. Die Wahlmöglichkeit darüber hinaus etwa auf die Erben-Gesellschafter oder die Teilhaber der Gesellschafter zu beschränken, besteht kein Grund. Eher ist das Gegenteil der Fall; denn eine gedeihliche Zusammenarbeit kann hier leicht durch Interessenkonflikte zwischen den Nachfolgern und dem Gesellschafter als Vertreter gestört werden. Hinzu kommt, daß die Nachfolger durch die Vertreterklausel ohnehin in ihren Rechten stark eingeschränkt werden. Bedenkt man außerdem, daß es den Altgesellschaftern freistand, mit dem Erblasser Beschränkungen der angeführten Art zu vereinbaren, ist kein Grund ersichtlich, der die Nachfolger hindern könnte, eine beliebige geeignete Person zum Vertreter zu bestellen [2].

---

1) Vgl. A. Hueck, OHG, S. 140 f.

2) A. Hueck in ZHR 125, 1 (16); Vits, Gewillkürte Vertr., S. 57.

Die Bevollmächtigung des gemeinsamen Vertreters und seine Abberufung richten sich grundsätzlich nach dem Verhältnis der Nachfolger untereinander. Insoweit ist auf die entsprechenden Ausführungen zu verweisen [1]. Doch muß man der Gesellschaft dann einen Anspruch auf Widerruf der Vollmacht zubilligen, wenn der Bevollmächtigte dem Gesellschaftszweck zuwiderhandelt oder sonst ein berechtigter Anlaß besteht, den die Nachfolger aufgrund ihrer Treuepflicht berücksichtigen müßten.

Schließlich ist noch auf den Umfang der Vertretungsmacht einzugehen. Abgesehen von der Beschränkung, daß die Erben-Gesellschafter einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen haben, ist dem Bevollmächtigten schon nach dem Zweck der Vertreterklausel eine umfassende Vollmacht zu erteilen. Denn die Gesellschaft soll gerade der Notwendigkeit enthoben sein, erst bei jeder Erklärung des Vertreters zu prüfen, ob sie sich auch im Rahmen seiner Vollmacht hielt. Beschränkungen der Vertretungsmacht des Bevollmächtigten sind den Nachfolgern daher nur gestattet, wenn sie die Vertreterklausel ausdrücklich zuläßt.

Selbst wenn die Vertreterklausel ganz allgemein die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte der Erben-Gesellschafter zuläßt, können also kaum Zweifel über den Umfang der Befugnis entstehen. Überschreitet daher ein Nachfolger die ihm durch diese umfassende Klausel gezogenen Grenzen, kann die Gesellschaft wie in den bereits geschilderten Fällen gegen ihn vorgehen.

dd) Doch gelten diese Grundsätze nur für die Vollmacht und ihre Grenzen. Enthält der Gesellschaftsvertrag auch Bestimmungen, die das Innenverhältnis der Nachfolger untereinander und das Verhältnis der Nachfolger zu dem gemeinsamen Vertreter regeln sollen, die also insbesondere die Organisation der Untergesellschaft und den Inhalt des Auftrages bzw. Geschäftsbesorgungsvertrages mit dem Bevollmächtigten betreffen, so dienen diese nur den Interessen der Nachfolger. Denn die Vertreterklausel verfolgt lediglich den Zweck, die Beziehungen zwischen den Beteiligten zu erleichtern und die Fortführung der offenen Handelsgesellschaft zu ermöglichen, obgleich mehrere Erben an die Stelle des Erblassers getreten sind. Die Verletzung der aus Organisationsabreden entstehenden Rechte und Pflichten hat daher, wie sich gezeigt hat, nur für das Verhältnis der Nachfolger untereinander Bedeutung.

Das schließt natürlich nicht aus, daß die Teilhaber einer Personenhandelsgesellschaft etwas anderes vereinbaren und etwa einem Altgesellschafter das Recht einräumen, dem gemeinsamen Vertreter der Erben Weisungen in Bezug auf die Geschäftsführung zu erteilen. Solche Abreden dienen aber nicht mehr der Erhaltung der zu Lebzeiten des Erblassers bestehenden Gesellschaftsverfassung, die durch den Tod des Teilhabers völlig verändert zu werden droht, und auch nicht

1) S. o. S. 92 ff., 98 ff., 103.

nur der Erleichterung der Fortführung des Handelsgewerbes, sondern im Gegenteil der aktiven Veränderung der Organisation und der Herrschaftsverhältnisse. Darauf kann im Rahmen der Untersuchung der Vertreterklausel nicht eingegangen werden.

d) Sonstige Ansprüche aus Verletzung der Vertreterklausel

Die Gesellschaft ist aber nicht nur an der Beseitigung der vertragswidrigen Vollmacht interessiert, die nur für die Zukunft Bedeutung hat, sondern auch am Ersatz der Schäden, die als Folge der vertragswidrigen Vollmacht, aufgrund pflichtwidriger Weisungen der Nachfolger oder durch sonstige Verletzungen der Vertreterklausel entstanden sind. Hier kann ein Nachfolger einmal deswegen ersatzpflichtig werden, weil er selbst schuldhaft (§ 708 BGB) gegen den Gesellschaftsvertrag, insbesondere gegen die Vertreterklausel verstoßen hat. Zum anderen ist es aber auch möglich, daß er für Vertragsverletzungen einstehen muß, die der gemeinsame Vertreter begangen hat.

Überschreitet ein Nachfolger selbst die ihm durch die Vertreterklausel gezogenen Grenzen, indem er beispielsweise von der Vertretung ausgeschlossene Personen bevollmächtigt, sie trotz mangelnder Eignung nicht abberuft, ihre Vertretungsmacht entgegen der Abrede erweitert oder beschränkt oder ihnen Weisungen erteilt, die gegen den Gesellschaftszweck verstoßen, so muß er der offenen Handelsgesellschaft den aus einer solchen positiven Forderungsverletzung entstandenen Schaden ersetzen, wenn ihn ein Verschulden (§ 708 BGB) trifft [1].

Aber auch für das Verhalten des Vertreters müssen die Nachfolger der Gesellschaft einstehen. Verletzt der Vertreter schuldhaft Verpflichtungen, die den Erben-Gesellschaftern obliegen, so haben diese seine Handlungen wie eigene zu vertreten (§§ 105 Abs. 2 HGB; 713, 664 Abs. 1 S. 3, 278 BGB). Doch wird diese Haftung durch § 708 BGB gemildert, so daß die Nachfolger nur für diejenige Sorgfalt einzustehen haben, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen [2].

Demgegenüber können sich die Nachfolger nicht auf § 664 Abs. 1 S. 2 BGB berufen, wonach der Beauftragte, der zulässigerweise einem Dritten die Ausführung des Auftrages übertragen hat, nur für sein Verschulden bei der Übertragung haftet. Eine derartige Haftungsbeschränkung ist nur zu vertreten, weil der Beauftragte mit der Übertragung der Ausführung jeglichen Einfluß auf den nunmehr zur Ausführung

---

1) Vgl. zur Ersatzpflicht der Teilhaber im allgemeinen: Düringer-Hachenburg-Flechtheim, Rdnr. 6 zu § 114; Staub-Pinner, Rdnr. 13 ff. zu § 114; Weipert in HGB-RGRK, Rdnr. 5 zu § 114; Schlegelberger-Geßler, Rdnr. 20 zu § 114; Baumbach-Duden, Anm. 3 E zu § 114; A. Hueck, OHG, S. 101.

2) Vgl. zur Haftung für Handlungen eines Vertreters: Düringer-Hachenburg-Flechtheim, Rdnr. 8 zu § 114; Staub-Pinner, Rdnr. 6 zu § 114; Weipert in HGB-RGRK, Rdnr. 9 zu § 114; Schlegelberger-Geßler, Rdnr. 12 zu § 114; Baumbach-Duden, Anm. 3 B zu § 115; A. Hueck, OHG, S. 100; Vits, Gewillkürte Vertr., S. 71.

des Auftrages Verpflichteten verliert. Das ist schon § 664 Abs. 1 S. 3 BGB zu entnehmen, der für den entgegengesetzten Fall, daß der Beauftragte sich eines Gehilfen bedient, auf § 278 BGB verweist. Der Erben-Gesellschafter steht jedoch insoweit nicht einem Beauftragten gleich, der den Auftrag weiterüberträgt; denn er verliert durch die Bestellung des gemeinsamen Vertreters nicht seine Mitgliedschaftsrechte. Er bedient sich lediglich des Bevollmächtigten, um seinen Willen durchzusetzen. Er erteilt ihm Weisungen und kann ihn abberufen. Der Nachfolger ist daher der eigentliche Geschäftsführer. Es besteht infolgedessen auch kein Grund, ihn aus der Verantwortung für seine Weisungen zu entlassen [1].

3. Die Rechte der Nachfolger gegenüber der offenen Handelsgesellschaft

Aus den Vertreterklauseln erwachsen den Nachfolgern auch Rechte, die ihre Wirkungen gegenüber der offenen Handelsgesellschaft entfalten. Im Vordergrund steht naturgemäß die Befugnis der Erben, sich bei der Ausübung ihrer Mitgliedschaftsrechte eines gemeinsamen Vertreters zu bedienen. Da diese Befugnis, deren Inhalt in anderem Zusammenhang bereits erörtert worden ist [2], durch Bestellung des Vertreters ausgeübt wird, eine Mitwirkung der offenen Handelsgesellschaft oder der Altgesellschafter hierfür also nicht erforderlich ist, bedarf es insoweit auch keiner besonderen Ansprüche. Solche können sich aber ergeben, wenn die Gesellschaft die Vertreter an der Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte hindert. Geschieht das in vertragswidriger Weise, so werden die Mitgliedschaftsrechte der Nachfolger verletzt und diese in die Lage versetzt, Ansprüche auf Ersatz ihnen entstandener Schäden geltend zu machen. Diese Ansprüche der Nachfolger unterscheiden sich nicht von denen, die geschädigten Teilhabern einer offenen Handelsgesellschaft auch sonst zustehen, wenn sie an der persönlichen Ausübung ihrer Rechte durch die Gesellschaft gehindert werden. Im Hinblick auf die Vertretervereinbarung kommt ihnen somit keine besondere Bedeutung zu. Es erübrigt sich daher, auf die Einzelheiten einzugehen.

Dagegen erscheint es zur Feststellung der Wirkungen von Vertreterklauseln erforderlich zu untersuchen, inwieweit diese Abreden das Recht der Nachfolger beeinflussen, Aufwendungen ersetzt zu verlangen (§ 110 HGB). Der Vertreter kann aufgrund seines Auftrages oder Geschäftsbesorgungsvertrages Ansprüche auf Ersatz solcher Aufwendungen geltend machen, die ihm im Rahmen der Geschäftsführung, also bei der Ausübung der Mitgliedschaftsrechte, entstanden sind (§ 670 BGB). Ob ihm auch Verluste ersetzt werden müssen, die er unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder infolge untrennbar damit verbundener Gefahren er-

1) Vgl. A. Hueck, OHG, S. 100.
2) S. o. S. 73 ff., 82 ff., 87 ff.

litten hat (§ 110 Abs. 1 HGB), erscheint zweifelhaft. Zwar müßten Verluste dieser Art dem Gesellschafter selbst ersetzt werden. Für die Rechte und Pflichten des Vertreters ist jedoch das Schuldverhältnis zu den einzelnen Nachfolgern bzw. zur unechten Untergesellschaft [1] maßgebend, und dort gilt Auftragsrecht (§§ 675, 713, 670 BGB). Es müßte daher schon ein besonderer Grund gegeben sein, wollte man § 110 HGB auch im Verhältnis der Nachfolger zu dem gemeinsamen Vertreter anwenden. Die Tatsache, daß der Vertreter die Rechte der Erben-Gesellschafter ausübt, reicht zur Begründung nicht aus. Denn § 110 HGB findet ausschließlich auf Gesellschafter Anwendung, nicht dagegen auf sonstige zur Geschäftsführung berechtigte Personen. Diesen aber steht der Vertreter gleich, weil er weisungsgebunden ist. Kann der Vertreter mithin grundsätzlich keine Ansprüche aus § 110 HGB herleiten, so steht doch nichts im Wege, den Auftrag bzw. Geschäftsbesorgungsvertrag entsprechend zu gestalten.

Soweit die Nachfolger danach dem Bevollmächtigten zum Ersatz seiner Aufwendungen verpflichtet sind, können sie ihrerseits in den Grenzen des § 110 HGB Ersatzansprüche geltend machen. Und das gilt in gleicher Weise von den Aufwendungen und Verlusten, die sie selbst treffen.

Fraglich bleibt nur, ob sie auch diejenigen Aufwendungen ersetzt verlangen können, die eine Gegenleistung für die Dienste des Vertreters darstellen. Da der gemeinsame Bevollmächtigte die Mitgliedschaftsrechte der Erben-Gesellschafter wahrnimmt, muß man davon ausgehen, daß diese auch seine Leistungen zu entlohnen haben. Insoweit handelt es sich grundsätzlich nicht um Aufwendungen in Gesellschaftsangelegenheiten. Das ist im Ergebnis auch nicht unbillig. Denn durch die Mitarbeit des Vertreters werden die Erben-Gesellschafter von der ihnen sonst obliegenden Pflicht zur eigenen Mitarbeit befreit. Ihre Verpflichtung zur mittelbaren Geschäftsführung, die sich wohl immer auf generelle Anweisungen an den gemeinsamen Vertreter beschränken wird, fällt demgegenüber nicht ins Gewicht. Immerhin kann sich hier eine erhebliche Belastung ergeben, insbesondere dann, wenn der Anteil des Erblassers nur klein ist und auf ihn geringe Gewinne ausgeschüttet werden. Hinzu kommt, daß unter Umständen ein Teil der Gewinne an die Erben in ungeteilter Erbengemeinschaft fließt [2]. Es empfiehlt sich daher, diesen Fragen bei der Abfassung der Vertreterklausel besondere Aufmerksamkeit zu schenken, soll die Gesellschaft nicht von vornherein unter Spannungen leiden, die schließlich zu ihrer Auflösung führen können.

---

1) S. o. S. 103 ff., 105 ff., 107.

2) S. o. S. 60 ff.

VI. DAS VERHÄLTNIS DER NACHFOLGER ZU DEN ÜBRIGEN TEILHABERN

Schließlich sind noch die Rechtsbeziehungen der Altgesellschafter gegenüber den Nachfolgern zu erwähnen. In allen Fällen, in denen der offenen Handelsgesellschaft gegen die Erben-Gesellschafter Ansprüche auf Erfüllung der Beitragspflichten oder Schadenersatzansprüche wegen Verletzung der Vertreterklausel zustehen, kann nämlich zugleich ein wichtiger Grund gegeben sein, den pflichtwidrig handelnden Nachfolgern die Geschäftsführung (§ 117 HGB) bzw. die Vertretungsmacht (§ 127 HGB) zu entziehen oder sie sogar aus der Gesellschaft auszuschließen (§§ 140 Abs. 1, 133 Abs. 1,2 HGB). Die Verletzung der Vertreterklausel wirkt in diesen Fällen wie jeder andere Verstoß gegen den Gesellschaftsvertrag. Es erübrigt sich daher, auf diese Organisationsgestaltungsrechte und ihre Voraussetzungen näher einzugehen. Und nichts anderes gilt für etwaige Treuepflichtverletzungen durch Altgesellschafter, die die mittelbare Ausübung der Mitgliedschaftsrechte verhindern oder stören. Auch insoweit mag dieser Hinweis genügen.

VII. DIE WIRKUNGEN DER VERTRETERKLAUSEL IM FALLE DER NACHFOLGE EINES EINZELNEN ERBEN

Bereits aus dem Wortlaut der verschiedenen Vertreterklauseln, die alle zumindest die Befugnis der Erben-Gesellschafter begründen, einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen [1], läßt sich entnehmen, daß die Teilhaber bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages vornehmlich die Nachteile ausgleichen wollen, die sich aus der Nachfolge mehrerer Erben in die Gesellschaft ergeben können. Ist das ihr einziges Motiv, so besteht keine Veranlassung, die Vertreterklauseln auch dann anzuwenden, wenn nur ein Alleinerbe vorhanden ist oder von mehreren Erben nur einer Gesellschafter wird. Wie so oft lassen sich aber auch mit den Vertreterabreden noch weitere Ziele verfolgen. Werden sie im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich festgelegt, ergeben sich keine Schwierigkeiten. Erfahrungsgemäß werden aber gerade die Fragen der Nachfolge mehr oder minder pauschal behandelt, ohne daß sich die Vertragsparteien über die Folgen ihrer Vereinbarungen immer im klaren sind. Dann ergibt sich das Problem, ob die Parteien diese weiteren Ziele zum Inhalt des Gesellschaftsvertrages machen wollten.

Auf diese Problematik kann im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht näher eingegangen werden. Es handelt sich dabei zum großen Teil um Fragen der Auslegung, die in erheblichem Umfang von den Umständen des Einzelfalles abhängen. Hier soll nur beispielsweise der Fall herausgegriffen werden,

---

1) S. o. S. 90 f.

daß die Gesellschafter in der Vertreterklausel vereinbart haben, daß nur derjenige Vertreter werden könne, der im Hinblick auf seine fachliche Eignung bestimmten, im einzelnen angeführten Anforderungen genüge. Man denke etwa an eine erfolgreich abgeschlossene kaufmännische Lehre, an mehrjährige praktische Tätigkeit im Gewerbe der Handelsgesellschaft oder dergleichen.

Erfüllt bei einer Mehrheit von Erben keiner die Voraussetzungen, bleibt den Erben-Gesellschaftern nichts anderes übrig, als sich der Mitarbeit einer entsprechend qualifizierten Persönlichkeit zu versichern, um mit deren Hilfe von ihren Rechten Gebrauch machen zu können. Wollte man die Bedeutung dieser Abrede lediglich auf gemeinsame Vertreter beschränken, müßte man bei der Nachfolge eines Alleinerben auf jede fachliche Qualifikation verzichten, obgleich der Nachfolger vielleicht wie der Erblasser zur alleinigen Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft befugt ist. Welche Gefahren sich daraus für das Unternehmen ergeben können, bedarf keiner weiteren Ausführungen. Man wird daher den Grundsatz aufstellen dürfen, daß Abreden in der Vertreterklausel, die den Schutz der Gesellschaft vor unqualifizierten Nachfolgern bezwecken, zugleich die Ausdehnung des Wirkungsbereiches der Klausel auch auf einen einzigen Nachfolger zum Ausdruck bringen. Erfüllt also der alleinige Nachfolger die Anforderungen nicht, muß auch er sich eines Vertreters bedienen.

Daraus ergibt sich die Frage, welche Wirkungen die Vertreterklauseln in einem solchen Falle haben. Da der Erbe der einzige Nachfolger ist, entfallen von vornherein alle Probleme, die sich in den oben behandelten Fällen aus der Mehrzahl der Erben-Gesellschafter ergeben haben. Die Bildung einer Untergesellschaft ist nicht erforderlich. Alle Bestimmungen der Vertreterklausel, die darauf abzielen, sind unanwendbar. Die Wirkungen der verpflichtenden und der beschränkenden Vertreterklausel, die sich nur für das Verhältnis der Nachfolger zueinander unterscheiden, entsprechen hier einander. Die Beziehungen zwischen den Teilhabern und ihrem gemeinsamen Vertreter werden reduziert auf den Auftrag bzw. Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen dem Nachfolger und seinem Bevollmächtigten. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen [1] verwiesen werden. Nur ist zu beachten, daß Vollmachtgeber und Auftraggeber notwendig identisch sind.

Das Verhältnis der Altgesellschafter zum Bevollmächtigten wird dadurch, daß dieser nur einen Erben zu vertreten hat, kaum verändert. Lediglich die Vereinbarung, der Vertreter dürfe die Rechte der Vertretenen nur einheitlich ausüben, verliert in diesem Fall ihre Bedeutung. Dagegen behalten die Ausführungen über das Verhältnis der Nachfolger zur offenen Handelsgesellschaft und zu den Altgesellschaftern ihre Bedeutung. Nur ist in jedem Falle zu berücksichtigen, daß an die Stelle der mehreren Erben-Gesellschafter ein einziger Nachfolger getreten ist.

---

1) S. o. S. 103 ff., 107 ff.

Unter diesen Umständen erübrigt es sich, auf die verschiedenen Beziehungen nochmals im einzelnen einzugehen. Doch bleibt festzuhalten, daß es empfehlenswert erscheint, auch den Fall der Nachfolge eines einzelnen Erben ausdrücklich in der Vertreterklausel zu regeln. Da die Wirkungen im wesentlichen übereinstimmen, genügt hierfür schon der Hinweis, daß die Vertreterklausel auch dann Anwendung finde, wenn nur ein Erbe Nachfolger des verstorbenen Gesellschafters werde.

§ 4 DAS ERGEBNIS DER UNTERSUCHUNG

a) Mit der Darstellung der Rechtsfolgen, die sich bei Vereinbarung einer Vertreterklausel für die beteiligten Gesellschafter und für den gemeinsamen Bevollmächtigten ergeben können, ist das Ziel der Untersuchung erreicht. Es hat sich gezeigt, daß aufgrund der Nachfolgeklausel die unübertragbare Mitgliedschaft des Teilhabers einer offenen Handelsgesellschaft mit seinem Tode in quantitativ den Erbquoten entsprechende, qualitativ der Teilhaberschaft des Erblassers gleiche selbständige Mitgliedschaften aufgespalten wird, die die einzelnen Miterben unmittelbar im Wege der Erbfolge erwerben. Lediglich die ebenfalls aufgespalteten Wertrechte fallen in den gemeinschaftlichen Nachlaß, während neu entstehende Wertrechte teils dem Nachlaß, teils dem Privatvermögen der Erbengesellschafter zuzurechnen sind. Mit Hilfe unterschiedlicher Vertretervereinbarungen, die sich auf die prinzipiell zulässigen Grundformen der berechtigenden, beschränkenden und verpflichtenden Vertreterklauseln zurückführen lassen, können die voneinander unabhängigen Erben-Gesellschafter jedoch in verschiedenem Umfang zur gemeinsamen, unter Umständen sogar einheitlichen Ausübung ihrer Mitgliedschaftsrechte berechtigt oder verpflichtet werden. Die Gründer einer offenen Handelsgesellschaft haben es also in der Hand, die nachteiligen Wirkungen, die sich aus der Nachfolge mehrerer einzelner Erben ergeben, vor allem die meist unerwünschte Änderung der Macht- und Zuständigkeitsverteilung, weitgehend auszugleichen.

b) Die berechtigende Vertreterklausel ist hierzu am wenigsten geeignet. Den Gründern einer offenen Handelsgesellschaft geht es, nachdem sie durch Vereinbarung einer Nachfolgeklausel ihre Interessen als Erblasser und die Interessen ihrer Erben in weitestem Umfang gewahrt haben, in erster Linie darum, nun auch den Fall zu berücksichtigen, daß einer der anderen Teilhaber stirbt und mehrere Erben hinterläßt. Die Zusammenfassung der Erben-Gesellschafter zu einer Handlungseinheit bietet ihnen aber wenig Schutz, wenn sie ausschließlich von deren Willen abhängt. Die berechtigende Vertreterklausel bedarf mithin einer Ergänzung, die es ermöglicht, die Nachfolger zur Bestellung eines gemeinsamen Vertreters und zur einheitlichen Ausübung ihrer Mitgliedschaftsrechte zu zwingen. Verträge der Gesellschafter mit den in Aussicht genommenen Nachfolgern eignen sich dazu kaum, weil nicht auf Jahre oder Jahrzehnte im voraus gewährleistet werden kann, daß nur die Schuldner Nachfolger werden. Und letztwillige Verfügungen können, von wenigen Ausnahmen abgesehen, jederzeit widerrufen werden. Die berechtigende Vertreterklausel erlangt daher allenfalls bei Familiengesellschaften Bedeutung, wenn die Gründer darauf vertrauen, daß jeder von ihnen im Interesse der Erhaltung des Familienvermögens seine Nachfolger veranlassen werde, die im Wege der Erbfolge erworbenen Mitgliedschaftsrechte einheitlich auszuüben.

Die Teilhaber können mit der berechtigenden Klausel aber auch andere Ziele verfolgen. Unter Umständen ist ihnen nur daran gelegen, ihren Nachfolgern die Möglichkeit zu geben, sich von der Pflicht zur persönlichen Mitarbeit zu befreien, ohne ihnen auch das Recht dazu zu nehmen. Sie wollen vielleicht den gesetzlichen Vertreter minderjähriger Erben nicht zur persönlichen Mitarbeit zwingen. Doch liegen derartige Ziele schon außerhalb des Bereiches, für den die Vertreterklauseln eigentlich geschaffen worden sind. Insoweit bedürfte es einer besonderen Untersuchung.

c) Die beschränkende Vertreterklausel kommt dem Interesse der Gründer, die Macht- und Zuständigkeitsverteilung zu erhalten, wesentlich mehr entgegen. Zwar gewährt auch sie weder den Nachfolgern noch den übrigen Gesellschaftern bzw. der Gesellschaft das Recht, von den Erben die Bildung einer Untergesellschaft oder die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters zu verlangen. Da normalerweise aber auch die Erben-Gesellschafter zur Mitarbeit verpflichtet sind und das Verbot der persönlichen Ausübung der Mitgliedschaftsrechte ihnen die Möglichkeit nimmt, in eigener Person diese Verpflichtung zu erfüllen, ist sowohl die mittelbare als auch die einheitliche Ausübung in ausreichendem Maße gewährleistet. Wohl keiner der Nachfolger wird sich ohne zwingende Gründe Schadenersatzansprüchen oder der Gefahr eines Ausschlusses aus der Gesellschaft aussetzen.

Schwierigkeiten können sich bei der beschränkenden Vertreterklausel allerdings dann ergeben, wenn die Nachfolger zur Mitarbeit befugt, aber nicht dazu verpflichtet sind. Denn obwohl dann denjenigen, die an einer mittelbaren Ausübung ihrer Befugnisse interessiert sind, das Recht zusteht, einen gemeinsamen Bevollmächtigten zu bestellen, können sie beispielsweise bei Gesamtgeschäftsführung von ihren Befugnissen nur Gebrauch machen, wenn alle Erben sich beteiligen. Daran ändern auch Organisationsregelungen in der Vertreterklausel nichts, die die Verfassung der Untergesellschaft ordnen sollen. Denn sie erzeugen Wirkungen nur zwischen den Mitgliedern der Untergesellschaft, nicht aber auch gegenüber denen, die der Untergesellschaft nicht beitreten wollen.

d) In derartigen Fällen kann nur die verpflichtende Vertreterklausel zu einem interessengerechten Ergebnis führen. Sie gewährt den Nachfolgern einen klagbaren Anspruch auf Abgabe der für die Gründung der Untergesellschaft erforderlichen Willenserklärungen. Auch zur Mitarbeit nur berechtigte, aber nicht dazu verpflichtete Erben-Gesellschafter können mit Hilfe dieser Abrede unmittelbar zur Bildung einer Untergesellschaft gezwungen werden. Regelt die Vertreterklausel auch die Organisation dieser bürgerlichrechtlichen Gesellschaft, dann haben die Nachfolger sogar einen Anspruch darauf, daß die Verfassung der Untergesellschaft dieser Regelung entspricht. Und da Auswahl und Bestellung des Vertreters Geschäftsführungshandlungen innerhalb der Untergesellschaft darstellen, sind deren Mitglieder auch in der Lage, sie zu erzwingen, wenn ein Mitglied pflichtwi-

drig die Mitwirkung verweigert.

Den Altgesellschaftern bzw. der offenen Handelsgesellschaft erwächst allerdings auch bei der verpflichtenden Vertreterklausel kein Anspruch gegen die Nachfolger, einen Vertreter zu bestellen. Dafür besteht aber auch keine Notwendigkeit. Denn entweder sind die Erben zur Mitarbeit verpflichtet, dann können die Altgesellschafter Erfüllung dieser Verpflichtung verlangen und bei Nichterfüllung die Nachfolger auf Schadenersatz in Anspruch nehmen, sie äußerstenfalls sogar ausschließen. Oder die Erben-Gesellschafter sind zur Mitarbeit ausschließlich berechtigt. Dann bedarf es keines Anspruches der Altgesellschafter. Die verpflichtende Vertreterklausel schützt also auch die Interessen der Altgesellschafter in ausreichendem Maße.

e) Empfiehlt es sich infolgedessen, eine verpflichtende Vertreterklausel in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen, so ist damit allein dem Interesse der Gesellschafter, die bestehende Zuständigkeits- und Machtverteilung auch nach dem Tode eines Teilhabers aufrechtzuerhalten, noch nicht in vollem Umfange gedient. Denn der gemeinsame Bevollmächtigte vertritt die einzelnen Erben und ist grundsätzlich an deren Weisungen gebunden. Hier kann lediglich eine Vertreterklausel helfen, die die Erben-Gesellschafter verpflichtet, einen gemeinsamen Bevollmächtigten zu bestellen, der ausschließlich zu übereinstimmenden Erklärungen für alle Vertretenen berechtigt ist. Soll diese Abrede auch gegenüber Dritten wirken, muß Gesamtvertretung der Erben-Gesellschafter vereinbart werden.

f) Doch auch das Verhältnis der Nachfolger untereinander bedarf einer Regelung. Um keinem der Erben-Gesellschafter zu große Macht einzuräumen, ist es geboten, Mehrheitsbeschlüsse für die von den Erben zu bildende Untergesellschaft anzuordnen. Zwar gibt diese Abrede nur den Nachfolgern einen Anspruch auf entsprechende Gestaltung der Gesellschaftsorganisation. Das genügt aber. Dagegen bestehen erhebliche Bedenken, Bestimmungen in die Vertreterklausel aufzunehmen, die anordnen, daß nur namentlich bezeichnete Personen oder Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft bevollmächtigt werden dürfen. Wenn derartige Vereinbarungen auch zulässig sind, so können sich doch leicht Interessenkonflikte ergeben, die die Altgesellschafter schließlich zwingen, der Bevollmächtigung anderer Personen zuzustimmen, wollen sie nicht gegen ihre Treuepflicht verstoßen. Es erscheint daher zweckmäßiger, den Kreis der Personen, die bevollmächtigt werden dürfen, abstrakt, etwa nach Merkmalen sachlicher Eignung, zu bestimmen.

g) Die Untersuchung hat weiterhin ergeben, daß auch die Frage des Entgelts für die Leistungen des Vertreters eine Rolle spielen kann. Und zwar einmal insofern, als die Erben-Gesellschafter, deren Mitgliedschaftsrechte der Bevollmächtigte ausübt, ihm normalerweise seine Dienste entlohnen. Zum anderen hat der Gewinnanteil, der den Erben für ihre Geschäftsführung zufließen soll, für die Nachfolgeklausel Bedeutung. Denn je nach der Bewertung dieser Mitarbeit im Gesellschaftsver-

trag, die in der Minderung der Gewinnquote für den Fall zum Ausdruck kommt, daß der Erbe die Stellung eines Kommanditisten wählt, fallen die Ansprüche auf Zahlung des anteiligen Gewinnes ganz oder teilweise in den gemeinschaftlichen Nachlaß. Hier ist es angebracht, Zufallsergebnisse, die als Folge von Schwankungen der in verschiedenen Geschäftsjahren erzielten Gewinne entstehen können, durch Vereinbarung eines Geschäftsführergehalts zu vermeiden. Zugleich läßt sich auf diese Weise das Entgelt für den gemeinsamen Vertreter festlegen.

h) Und schließlich hat sich gezeigt, daß auch der Fall bedacht sein will, daß nur ein Alleinerbe die Erbschaft antritt oder von mehreren Erben nur einer Nachfolger des Erblassers in der Gesellschaft wird. Auch dann wird es häufig den Interessen der Gesellschafter entsprechen, daß der Nachfolger, wenn er nicht selbst ausreichend qualifiziert ist, sich durch einen geeigneten Bevollmächtigten vertreten läßt.

i) Bei Berücksichtigung aller aufgeführten Umstände sind die Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft daher durchaus imstande, durch Vereinbarung einer auf den jeweiligen Fall abgestellten Vertreterklausel die nachteiligen Folgen, die sich aus der Vererbung der Mitgliedschaft ergeben, weitgehend zu vermeiden. Vorausgesetzt, daß der Gesellschaftsvertrag die Zahlung von Gehältern für die geschäftsführenden Gesellschafter vorsieht, müßte eine solche Klausel etwa wie folgt lauten:

§ ...

Stirbt ein Gesellschafter, so werden seine Erben Mitglieder der Gesellschaft. Sie sind nur in Gemeinschaft zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt.

Die Nachfolger sind verpflichtet, einen gemeinsamen, nur zu übereinstimmenden Erklärungen für alle Vertretenen berechtigten Bevollmächtigten zur Ausübung ihrer Mitgliedschaftsrechte zu bestellen. Von der persönlichen Wahrnehmung dieser Rechte sind sie ausgeschlossen, soweit nicht zwingende gesetzliche Vorschriften dem entgegenstehen.

Die Nachfolger erhalten gemeinsam ein Entgelt für ihre mittelbare Geschäftsführung. Es wird nicht auf ihren Gewinnanteil angerechnet. Seine Höhe bestimmt sich nach dem Gehalt eines geschäftsführenden Gesellschafters. Etwaige Gegenleistungen für die Dienste des gemeinsamen Vertreters gehen zu Lasten der Nachfolger.

Zu Vertretern dürfen nur Personen bestellt werden, die eine kaufmännische Lehre erfolgreich abgeschlossen haben und mindestens ... Jahre im Handelsgewerbe der Gesellschaft in nicht nur untergeordneter Stellung tätig waren. Sie werden

von den Nachfolgern mit einfacher Mehrheit gewählt. Die Mehrheit berechnet sich nach dem Anteil jedes Nachfolgers an der Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters. Bei Stimmengleichheit entscheidet das Los. Die gleiche Regelung gilt für die Erteilung von Weisungen an den gemeinsamen Vertreter und für seine Abberufung.

Wird einem Erben die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt, verliert er den Anspruch auf Zahlung eines anteiligen Geschäftsführergehaltes. Von der Teilnahme an Abstimmungen, die ausschließlich die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten der vollhaftenden Nachfolger betreffen, ist er ausgeschlossen. Im übrigen gelten die vorstehenden Bestimmungen entsprechend.

Wird nur ein Erbe Nachfolger, findet dieser Paragraph entsprechend Anwendung.

LEBENSLAUF

Am 20. Januar 1931 wurde ich als Sohn des technischen Kaufmanns Gerhard Pfeiffer und seiner Ehefrau Margot, geb. Römer, in Berlin geboren. Hier besuchte ich die Volksschule, anschließend die Mittelschule und schließlich die Friedrich-Engels-Oberschule in Reinickendorf, wo ich am 17. Juni 1949 die Reifeprüfung ablegte.

Nach einer Ausbildung von zwei Jahren beim Berliner Stadtkontor West bestand ich im Oktober 1951 die Kaufmannsgehilfenprüfung und arbeitete ein Jahr in der Auslandsabteilung der Berliner Bank AG.

Im Wintersemester 1952/53 begann ich an der Freien Universität Berlin das Studium der Rechtswissenschaften und der Betriebswirtschaft. Nach einem Praktikum bei Skandinaviska Banken in Stockholm im Sommersemester 1955 setzte ich mein Studium in Berlin fort, das ich am 29. Mai 1957 mit der ersten juristischen Staatsprüfung abschloß.

Anschließend wurde ich Gerichtsreferendar im Bezirk des Kammergerichts. Vom Wintersemester 1957/58 bis zum Wintersemester 1958/59 war ich außerdem als wissenschaftlicher Hilfsassistent an der Juristischen Fakultät tätig. In Berlin beendete ich meine Ausbildung und bestand am 29. Juni 1961 das zweite juristische Staatsexamen.

Seit dem 1. Mai 1962 bin ich wissenschaftlicher Assistent (m. d. W. b.) an der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin.

G. Bauknecht, Dissertations-Druckerei, 8 München 8, Zeppelinstr. 79, Tel. 458195